



169
G
30

BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III
169
G
30
NAPOLI

B.

BIBLIOTECA

L.

LEGALE

O RACCOLTA

DI TUTTI I MIGLIORI COMMENTI

FINORA PUBBLICATI

SUL CODICE FRANCESE

ED ADATTATI A QUELLO

DEL REGNO DELLE DUE SICILIE

NAPOLI



1844

1871

1872

TEORICA
DEL
CODICE PENALE

DI

ADOLFO CHAUBEAU

AVVOCATO AI CONSIGLI DEL RE E ALLA CORTE DI CASSAZIONE,

E DI ELIA FAUSTIN

AVVOCATO, SOTTO-CAPO DI UFFIZIO DEGLI AFFARI CRIMINALI AL MINISTERO DI GIUSTIZIA

OPERA PERSECRUTATA ITALIANA

RICONTROTA CON LE LEGGI DEL REGNO DELLE DUE SICILIE

ED ARRICCHITA DELLA PATRIA GIURISPRUDENZA

DAL SIGNOR

DENETRIO STRIGARI

VOLUME TERZO

N A P O L I
Dallo Stabilimento del Guttenberg

1844

N. B. — Gli articoli delle nostre leggi corrispondenti al Codice Francese saranno messi tra due parentesi col segno = Gli articoli riformati saranno preceduti dalla lettera (R), i soppressi saranno indicati colla lettera (S). Le note dell' autore s' indicheranno con numeri, quelle aggiunte dal signor *Strigari* saranno segnate con lettere e sottoscritte colle cifre (*Edit. Nap.*)

TEORICA

DEL

CODICE PENALE

CAPITOLO PRIMO

DELL' ASSOCIAZIONE DE' MALFATTORI O COMITIVE ARMATE

Caratteri generali di questo reato — Definizione e circostanze caratteristiche dell'associazione — Qual numero d'individui si richiede perchè vi sia associazione nel senso della legge — È forse necessario che l'associazione siasi formata per commettere non già semplici delitti, ma misfatti? — Sistema penale del Codice — Quali sono quelli che ai sensi del Codice debbonsi riputare INCARICATI DI UN IMPIEGO QUALUNQUE — Coloro che non esercitano alcuna funzione rientrano forse in questa categoria? — Sono forse scusabili se siensi ritirati volontariamente, e non sieno stati colti nel luogo della riunione? — Delle complicità per somministrazione d'armi e munizioni — Questa somministrazione, fatta ad un solo degl'individui della banda, debbe forse considerarsi fatta alla banda intera o ad una delle sue divisioni? — Comentario degli articoli 265, 266, 267 e 268 Codice Penale (Articoli 154 a 160 LL. P.)

IL Codice Penale ha raggruppato in una stessa sezione tre reati fra loro connessi da un carattere comune, ma diversi pel loro valor morale, e per la gradazione della loro gravità: essi sono le associazioni dei malfattori, il vagabondaggio e la mendicizia. Questi tre atti presentano un doppio carattere: essi possono essere elevati a reati *sui generis* a ragione della speciale immoralità onde vanno accompagnati, ma costituiscono in pari tempo degli atti preparatori d'altri misfatti e delitti più gravi. Epperò la società può a buon dritto stare in guardia contro di essi non solo per la reità che questi fatti contengono in loro stessi, ma pei pericoli onde va da essi di continuo minacciata. Perciò la pena sancita contro tali atti ha la duplice missione di essere ad un tempo e repressiva e preventiva.

Importante la legge, in imputare questi fatti, non mira punto al loro carattere di atti preparatori; gli atti semplicemente preparatori, lo abbiamo già detto (1), sfuggono all'azione della legge, in troppe incertezze va involto il loro scopo, troppa distanza li disgiunge dal compimento del reato per poterli ad esso riferire, e punirli come cominciamento della sua esecuzione. Epperò, la legge penale non ha considerata l'associazione dei malfattori, il vagabondaggio e la mendicizia che come reati particolari, distinti dagli atti a cui possono menare; quindi la imputabilità in essi stabilita dalla legge riguarda soltanto il loro intrinseco valor morale, indipendentemente dai reati cui possono aver lo scopo di preparare.

(1) Vedi tom. 1, pag. 19.

L'associazione dei malfattori, formata per commettere dei reati, è il più grave di questi tre fatti; la sua sola esistenza è un attentato all'ordine pubblico e in questo caso non solo è minacciato, ma è già compromesso. Ed in vero, non v'ha dubbio che una tale associazione, qualunque potessero essere i suoi risultamenti, sia un atto immorale cui la società non dee mica tollerare: che se le riunioni dei malfattori, e le loro criminose macchinazioni si appalesino per atti esterni, entrano nell'impero della legge penale, e costituiscono da se un vero reato.

Il Codice ha dato a questa associazione il carattere di misfatto; l'art. 265 (154) è così concepito. « Ogni associazione di malfattori contro le persone o le proprietà è un misfatto contro la pace pubblica. » Ma perchè un tal reato abbia vita si richieggono due condizioni: è uopo che vi sia un'associazione, e che questa associazione sia diretta contro le persone o le proprietà (a).

L'associazione, fino a che si manifesti per semplici parole, anche per semplici riunioni, non è punita dalla legge penale; la semplice risoluzione di agire presa che siesi fra più persone non basta a costituir il *complotto*; è mestieri che quest'associazione trascenda in un atto preparatorio, e quest'atto è la organizzazione delle bande. « Vi è associazione, si dice nei motivi del Codice, quando vi sono

bande organizzate con la nomina dei capi e con corrispondenza fra di loro. » L'art. 266 (154 §. 2 leg. pen.) non ha fatto che riformare questa regola con le seguenti parole: « tal reato ha luogo per solo fatto della organizzazione in bande, o delle corrispondenze fra esse e i loro capi o comandanti, o delle convenzioni tendenti a rendersi conto, distribuirsi o dividersi i prodotti dei misfatti. »

La compilazione di questo articolo è evidentemente viziosa. Pare, in fatti, che la esistenza del reato derivi da tre circostanze onninamente diverse: la organizzazione delle bande, la corrispondenza di queste bande coi loro capi, da ultimo le convenzioni che regolano la divisione del bottino. Or, egli è chiaro che questa circostanza, cioè i patti sulla divisione del bottino non sono dei fatti diversi dalla organizzazione, anzi non sono altro che indizi rivelatori della stessa. Così il pensiero della legge, cui la compilazione non fu fedele interprete, è stato quello di specificare alcune circostanze, da cui fa dipendere il fatto della organizzazione; ma la sola organizzazione è quella che costituisce il reato, essa forma la sola e necessaria condizione di questa reità, il fatto esterno che disvela il pericolo, e che può esser colpito dalla legge penale.

È uopo ancora che questa organizzazione sia compiutamente istallata; la legge non ha in vero delimitati tutti i suoi elementi, ma però ne ha determinati i principali caratteri. L'art. 266 (154 riformato leg. pen.) suppone non solamente un accordo precedente, ma anche la formazione di una o più bande, di capi per ogni banda, di patti per la divisione del bottino. L'articolo 267 parla di comandanti in capo, e di direttori dell'associazione. Da ultimo, l'articolo 268 prevede la separazione della banda in più divisioni, la somministrazione d'armi, di munizioni e luoghi di rifugiata. La designazione di queste diverse circostanze, comunque puramente enunciativa, appalesa nella legge il pensiero di non mirare che alle associazioni organizzate per agire, i cui membri obbedendo ad un impulso unico, agendo in un interesse comune, sian fra loro collegati da una certa legge di disciplina, nel che precipuamente sta il pericolo di queste associazioni. Ma spetta al Giurì valutare i segni caratteristici della organizzazione di queste bande, giudicarse sieno rimio o finire avveni a scopo la consumazione di un atto iso-

(a) L'associazione dei malfattori, nelle leggi del regno delle Due Sicilie è addimandata *comitiva armata*. L'articolo 154 in d. finirla dice: « È comitiva armata quella che in numero non minore di tre individui, dei quali due sieno portatori di armi proprie, vada scorrendo le pubbliche strade o le campagne con animo di andar commettendo misfatti o delitti. »

La definizione contenuta in questo articolo, oltre di aver dileguato il dubbio che la compilazione dell'articolo francese presenta circa il numero degli individui necessari per costituire la *comitiva armata*, non che intorno la natura dei reati cui la comitiva debbe avere in animo di commettere, ha richiesto per la esistenza di questo reato un altro requisito non preveduto dal Codice francese. Questo requisito si è che due almeno degli individui sieno portatori di *armi proprie*. Nella nota a p. 83, vol. 2, abbiamo definito quali s'intendono armi proprie; esse sono quelle che per originaria costruzione sono destinate alla offesa o difesa. L'articolo richiede che l'individuo della comitiva sia portatore dell'arma, val dire, che vada scorrendo la compagnia con l'arma in dosso. (Edit. Nap.).

lato, o pure se sieno sottomesse a delle regole che indicano una organizzazione duratura.

Il numero dei malfattori necessari per costituire l'associazione non è determinato dalla legge. Convien forse supplire a questo silenzio della legge e decidere, come ha fatto il signor Carnot, che le bande debbano esser composte almeno di venti persone? Discorrendo su le bande sediziose, noi abbiamo opinato che gli articoli del Codice, onde va designato il numero delle persone necessarie per costituire la riunione rivolta, debbano esser scrupolosamente circoscritti alla materia cui sono applicati (1). Di fatti, in quegli articoli non si tratta che di riunioni istantanee ed effimere, e tali riunioni non possono assimilarsi a bande organizzate; la organizzazione dà a queste bande una imponenza che non si può ravvisare in un assembramento fortuito, ancorchè più numeroso. Non puossi dunque stabilire una regola in forza di analogia: la questione del numero degli individui necessari per costituire una banda rientra nella questione tendente a disaminare se la banda sia o no organizzata: essa è abbandonata ai lumi del Giuri, il quale non è tenuto a pronunciarsi sul numero degli individui, ma dee soltanto dichiarare se que' individui son tali da costituire la banda di malfattori nel senso della legge (a).

Dalla lettura della legge pare che il legislatore abbia avuto in mente di far risultare dalla composizione della banda uno degli elementi della sua organizzazione. Di fatti, sta scritto che la banda debb'esser composta di *malfattori*, e qual sia il senso di queste parole lo rivela la esposizione dei motivi: « Uopo è osservare che i *malfattori*, di cui si parla in questo luogo, non sono quelli che agiscono isolatamente, o anche di accordo con altri, ma per la semplice esecuzione di un reato. La legge qui ha precipuamente in mira quegli esseri depravati, che facendo un mestiere del furto e del saccheggio, si accordano di mettere in comune il prodotto dei loro misfatti. » Non conviene però dare a questa parola un significato restrittivo, e dedurne che la qualificazione di *malfattori* supponga la perpetrazione d' altri misfatti, o debba necessariamente esser attinta da condanne precedenti o da una vita depravata e rotta al mal co-

stume. La qualità di *malfattore* può rilevarsi dalle sole circostanze dell'associazione e dal suo scopo: si d viene malfattore solo con associarsi in banda per commettere misfatti. Il legislatore si è avvalso di questa espressione perchè preoccupato di ciò che suole più di sovente intervenire. Quei che d'ordinario formano le bande e le associazioni sono i vagabondi, le genti senza professione e gli accattoni, ma la parola usata dalla legge nulla ha di esclusivo.

Il secondo elemento del reato si è che l'associazione sia diretta contro le persone o le proprietà. Lo scopo dell'associazione è quello che costituisce la sua immoralità e il suo pericolo; è chiaro che tal reato non avrebbe vita se lo scopo dell'associazione, comunque criminoso, fosse diverso da quello indicato dalla legge. Pare che l'articolo 266 supponga che la organizzazione della banda abbia per unico scopo il furto ed il saccheggio; perchè esso novera fra gli elementi del reato la divisione del bottino. In vero, non v'ha dubbio che i reati contro la proprietà sieno il più ordinario obbietto di questa banda, e che le violenze contro le persone non sieno sovente che mezzi di esecuzione. Ma i termini dell'art. 265 sono generali; essi comprendono tutti i reati tanto contro le persone che contro le proprietà; non può dunque farsi nessuna distinzione, epperò la banda che fosse mossa non dalla cupidigia, ma dalla vendetta e dalle malvage passioni, che avesse a scopo non già furti ma attentati contro le persone, entrerebbe senza dubbio nei termini della legge penale.

Il signor Carnot ha elevata la questione: se debba sottomettersi a questa disposizione la banda che abbia a scopo di commettere non già misfatti ma delitti. Questo autore, adducendo a motivo che la legge parla in generale di associazioni di malfattori contro le persone e le proprietà, senza designare le gravità degli attentati, decide che non vi si possa fare alcuna distinzione. Noi, anche nel silenzio della legge, esitiamo ad ammettere tale interpretazione, dappoichè non v'ha dubbio che di due associazioni, formate l'una per abbandonarsi a lievi delitti, l'altra per commettere i più gravi attentati, non viene lo stesso pericolo all'ordine sociale, nè rivela la stesse immoralità nei delinquenti. Ma d'altra banda il testo della legge fa nascere il dubbio che essa abbia voluto comprendere que-

(1) Vedi tom. 2, pag. 7.

(a) Vedi nota (a) pag. 6.

sti due atti nella stessa disposizione. L'articolo 267 porta che i capi dell'associazione saranno puniti coi lavori forzati *quando questo reato non sia stato seguito nè accompagnato da altri*. Così l'antiveggenza della legge non si estende oltre il caso che il misfatto dell'associazione sia stato o pur non seguito da *altro misfatto*; essa non prevede il caso che l'associazione abbia commesso dei delitti: il suo pensiero dunque non versavasi che su le associazioni formate per commettere misfatti. Puossi invero obiettare che sia ben difficile discernere se l'associazione dei malfattori, che non abbia ancor commesso alcun reato, avesse a scopo atti di tale o tal'altra gravanza. Ma la legge dà all'accusa il carico di provare che l'associazione sia stata organizzata nello scopo di attaccare le persone o le proprietà; uopo è dunque che il pubblico ministero assodi qual sia stata la natura degli atti di questa banda, epperò non è certo più difficile di questa prova l'altra riguardante la gravanza di questi atti. Questa prova potrà attingersi dalla stessa organizzazione della banda, dal numero e dalla morale degli associati, dagli strumenti di scalata o frattura onde si fossero muniti, finalmente dalla natura offensiva delle armi che avessero in mano.

Due rondizioni distinte sono dunque necessarie per la esistenza del reato di associazione di malfattori; uopo è che questa associazione si appalesi per la organizzazione di una banda; uopo è in secondo luogo che essa abbia a scopo degli attentati contro le persone e le proprietà cui la legge qualifica misfatti. Ciascuno di questi due elementi è ugualmente indispensabile per l'applicazione della pena comminata dalla legge.

Questa pena ha due gradi i quali hanno per base la importanza delle funzioni che l'accusato abbia esercitato nella banda. L'articolo 267 è così conceputo: « Quando questo misfatto non sarà stato accompagnato nè seguito da altro, gli autori, i direttori, i comandanti superiori o sotto-capi di questa banda saranno puniti coi lavori forzati a tempo. La prima parte di questo articolo presenta a primo sguardo un significato ambiguo; potrebbe credersi che l'associazione non costituisca reato se non quando fosse stata accompagnata o seguita da qualche altro, e che essa sia in certa guisa assorbita dalla perpetrazione concomitante o sussecutiva di altri misfatti: ma non fu tale il pensiero della legge: essa volle dire soltanto

che i capi della banda sono puniti coi lavori forzati a tempo, quando anche questa banda non abbia peranco commesso alcun misfatto. Ma se l'associazione sia stata accompagnata o seguita da altro misfatto, questi due reati debbono andar sottoposti ad un giudizio simultaneo, e gli associati avere la pena applicabile al misfatto più grave.

La qualità di *capi o sotto capi* costituisce una circostanza aggravante del misfatto di associazione di malfattori. Secondo questo principio la Corte di Cassazione ha giudicato che quando si presenti al Giuri la questione: se l'accusato sia colpevole di aver fatto parte di una banda in qualità di capo, e la dichiarazione del Giuri sia stata affermativa per la colpeabilità, negativa per la circostanza aggravante, allora il giudicabile non può esser condannato *che per aver fatto parte di una banda senza esercitare alcun comando* (1). La stessa cosa deve dirsi trattandosi di *autori o direttori* dell'associazione. Ma la Corte di Cassazione ha deciso ancora che a queste ultime espressioni possansi sostituire parole equipollenti; epperò essa ha approvato che fosse condannato come *autore* di un'associazione di malfattori colui che era stato dichiarato colpevole di aver *formato* quest'associazione. (2) Certamente nel caso in esame questa interpretazione era conforme ai termini della dichiarazione; ma non può dissimularsi che ammessa per massima questa interpretazione, ne nascerebbero in certe congiunture gravi pericoli. Essa dunque non può esser adottata che con diffidenza, e dopo una minuziosa investigation del significato della decisione del Giuri.

La seconda categoria dei delinquenti, onde trattasi, va compresa nell'articolo 278 così conceputo. « Saranno puniti con la reclusione tutti gli altri individui che sieno stati incaricati di un servizio qualunque nella banda, e quelli che avranno scientemente e volontariamente somministrato alle bande o loro divisioni, armi, munizioni, strumenti di reato, asilo, o luoghi di ritirata o di riunione. » Questo articolo si divide in due parti distinte: esso comprende però ne' suoi termini due classi di malfattori, tra le quali non ci è altro legame comune che la pena.

La prima cosa a sapersi si è qual sia il si-

(1) Decis. Cas. 9 febbrajo 1832, Sirey, 1832, I, 141.

(2) Decis. Cas. 27 Aprile 1834.

gnificato delle parole *tutti gli altri individui incaricati di un servizio qualunque nelle bande*. Queste parole comprendono forse tutti quelli che *forman parte* di una banda, sieno o pur no incaricati di un servizio qualunque particolare? Tutti i criminalisti, i quali hanno scritto del Codice Penale, si sono avvisati per la negativa (1); ecco come uno di essi ha espresso questa opinione: « L'articolo 100 del Codice Penale stabilisce che coloro i quali, avendo fatto parte della banda armata, prevista nello articolo 96, senza esercitarvi alcun comando, impiego o funzione, si fossero ritirati, non sieno soggetti ad alcuna pena. » L'art. 213 contiene una disposizione non meno favorevole ai ribelli che, trovandosi senza funzioni o impiego nelle bande o attrupamenti sediziosi, si sieno ritirati al primo avviso dell'autorità. L'articolo 268 è compilato col medesimo pensiero. Il legislatore non ha voluto colpire che coloro i quali sieno incaricati di un servizio qualunque nelle bande, e non già quelli i quali, come nei casi determinati dagli articoli 100 e 213, forman parte delle bande senza aver l'incarico di alcun servizio. Di fatti, supponiamo che una banda di malfattori trascini seco le mogli e i figli, tutti questi fanno parte della banda, ma non tutti sono *incaricati di un servizio qualunque*. Noi non intendiamo sostenere che questi ultimi non sieno riprovevoli; ma siccome, in una banda di malfattori, si trova sempre un gran numero di colpevoli, il legislatore ha permesso che non fossero soggetti a pene coloro i quali, per non esser incaricati di alcun servizio, presentano una colpevolezza meno grave. Ecco come debb'esser inteso l'articolo 268.

Questo avviso non è stato ammesso dalla Corte di Cassazione, la quale con due *arrest*i ha deciso: « che le disposizioni dell' articolo 268, il quale punisce con la reclusione tutti gli individui incaricati di un servizio qualunque nelle bande dei malfattori, si applica necessariamente a tutti gli individui che fanno parte di queste bande senza esercitare le funzioni di direttori o di comandanti; che il fatto di trovarsi in queste bande costituisce ciò che l'articolo chiama *esser incaricato di una qualunque funzione*. (2).

(1) Carnot, Com. del Cod. Pen. sull' art. 268; Bourguignon, Giur. del Cod. Crim. sull' art. 288; Rauter, Tratt. del Dirit. Crim. n. 430.

(2) Decis. Cass. 15 Maggio 1828; 9 feb. 1832; Sirey, 1832, 1, 141.

Nella discordanza di questi pareri noi non esitiamo a credere che la Giurisprudenza della Corte di Cassazione sia la sola conforme al vero spirito della legge penale. Da prima giova osservare che gli articoli 100 e 213 possono esser invocati in questa materia come disposizioni analoghe, non già come precetti applicabili; di fatti, questi articoli sono formalmente ristretti dal loro testo ai casi di sedizione e di ribellione, nè potrebbero per analogia applicar la pena di sorveglianza da essi prescritta agli individui che hanno fatto parte delle bande di malfattori. Da questa prima osservazione deriva la conseguenza che, adottandosi l'avviso dei signori Carnot e Bourguignon, questi individui si troverebbero in una situazione più favorevole che quelli i quali hanno fatto parte delle bande sediziose o ribelli; invero questi ultimi rimangono soggetti alla sorveglianza di polizia, quando anche non avessero esercitato alcuna funzione, e si fossero ritirati al primo avvertimento, mentre i malfattori, riuniti in banda per commettere reati, sarebbero immuni da ogni pena sol perchè non hanno avuto alcun impiego in queste bande. Impertanto, una immensa distanza separa queste due associazioni. Il legislatore ragionevolmente ha scorto degli esseri travati anzichè colpevoli in quegli individui che abbian seguito le voci di capi sediziosi o ribelli; e le disposizioni degli articoli 100 e 213, dettati da uno spirito di sana politica ed umanità, mirano a perdonare questi tali quando alla voce dell'autorità essi riconoscono il loro errore, e rientrano nel sentiere del dovere. Ma tale non è la condizione di quei malfattori che si stringono in un patto criminoso e si uniscono per recarlo ad esecuzione. Non trattasi qui d'una riunione politica cui si aggiungono persone che non intendono nè lo scopo nè le conseguenze, ma di un'associazione segreta stretta fra i facinorosi: non si tratta d'un'associazione che è il risultamento di un pensiero simultaneo e repentino, ma di una convenzione premeditata tra più individui, e di cui tutti gli associati conoscono il criminoso scopo; come dunque può supporre che questi malfattori associati per commettere reati sieno parati al legislatore men formidabili dei membri di una banda sediziosa? come supporre che se la legge avesse voluto farli immuni da ogni pena, quando non avessero prestato alcun servizio attivo, avrebbe ommesso di assoggettarli almeno alla sorveglianza?

za? Da questa sola omissione risulta lo spirito dell' articolo 268: questo articolo non ha distinto dalle sue disposizioni gl'individui cui non si potrebbe altro opporre che di aver fatto parte delle bande, in conseguente li ha compresi nella sua sanzione. Esso non li ha colpiti con pena speciale e meno severa, dunque ha voluto che fossero soggetti alla pena comminata per tutti gli altri. Dappoichè, giova ripeterlo, non può suppirsi che quest'individui, il cui carattere morale non è certo men tristo di quelli che sono contemplati dagli articoli 100 e 213, fossero stati largheggiati di maggior favore. E poi, a dirli in una, l'essersi ascritto ad una banda organizzata per delinquere non importa forse di aver accettato in essa un esercizio qualunque? non importa forse prestare servizio l'esser nella banda e tenersi pronto a perpetrare i progettati misfatti? Il testo primitivo dell'articolo portava un *servizio qualunque di ogni specie*. Queste ultime parole furono soppresse come superflue, ma esse rivelano lo spirito dell' articolo che non si è punto cangiato con quella soppressione. Crediamo da ultimo non esser mestieri osservare che per esser riguardato come membro della banda non basta marciare al suo seguito, e che le mogli e i fanciulli, onde il signor Bourguignon ha tratto argomento pel suo avviso, non rientrano necessariamente ne' termini dell'art. 268. Far parte di una banda non importa solamente far parte della riunione, ma significa esser noverato fra gli associati, aver assentito alla criminosa convenzione, aver diritti ad una parte dei prodotti del reato. Di fatti, questi soli possono esser considerati come incaricati di un servizio qualunque nel senso della legge.

La seconda parte dell'articolo si applica a quelli che hanno *scientemente e volontariamente* somministrato alle bande o loro divisioni armi o luoghi di riunioni. Sicchè, elementi costitutivi del reato sono la conoscenza dello scopo dell' associazione, e la volontà di concorrere a ciò che l'associazione abbia in mira. Epperò la Corte di Cassazione ha annullato la dichiarazione del Giurì che diceva gli accusati colpevoli di aver somministrato munizioni ad una banda di malfattori, pel motivo « che la dichiarazione di reità non presentava nè le parole dell'articolo *scientemente e volontariamente*. nè altra espressione che offrisse la stessa idea; che perciò questa dichiarazione, la quale non dava al fatto i ca-

atteri costitutivi del reato, era monca ed incompleta, nè poteva servir di base legale alla condanna dell'accusato. » (1) (a)

(1) Decis. Cass., 22 Luglio 1824; Dalloz, tom. 6. pag. 283; Sirey, 1824, 1, 393.

(a) Nelle leggi penali delle Due Sicilie innanzi di prevedersi la reità dei ricettatori delle comitive, ci sono altre disposizioni che accordano la impunità allo scioglimento spontaneo di esse. Qui distinguonsi i semplici individui della comitiva dai loro capi o comandanti. Quanto ai primi svanisce la reità del fatto dell'associazione, si condona la pena comminata dall'articolo 154 contro il solo fatto che costituisca la comitiva ove essi, o spontaneamente o dietro l'avvertimento delle autorità, si sieno ritirati presentandosi alle medesime (articolo 156).

Per i capi poi e comandanti la legge, per metterli a parte degli stessi beneficii, esige non s'ò che si sieno ritirati, ma che abbian fatto eseguire lo scioglimento della comitiva organizzata, e ciò prima che avessero commesso qualunque misfatto o delitto.

Uopo è da ultimo avvertire che il giudizio contro le comitive armate è devoluto alle G. Corti Speciali dal decreto del 7 dicembre 1832, e che lo stesso decreto ha mantenuto in vigore le pene comminate contro tale reato da altra disposizione legislativa del 30 agosto 1821 di cui giova riportare l'articolo 4 così conceputo: « Le Corti medesime puniranno di morte tutti quelli che in *comitiva armata* in numero non minore di tre individui, » uno almeno dei quali sia portatore di *armi proprie*, incenderanno per le campagne commettendo misfatti o delitti di qualunque natura.

» Quei che scientemente e volontariamente ricetteranno le comitive armate, gl'individui che la compongono e gl'iscritti sulle liste di cui è parola nell'articolo 5.

» Quelli in fine che scientemente e volontariamente somministreranno ad essi ajuti, viveri, armi, munizioni, o che con essi manterranno corrispondenze ».

Come vedesi, questo decreto ha mantenuti saldi gli elementi del reato designati dall'articolo 154, eccetto però il numero degli individui che debbono essere portatori di armi proprie. Perchè vi fosse comitiva armata le leggi penali richiedevano che due almeno dei componenti di essa fossero portatori di armi proprie, addove, secondo tale decreto, basta che lo sia uno solo.

Più notevole però è il cangiamento apportato nella penalità. Le leggi penali puniscono i reati commessi dalle comitive con un grado di più della pena ordinaria, mentre il decreto vi commina indistintamente la pena di morte tanto contro gl'individui delle comitive quanto contro i loro ricettatori. Perchè però non si cada in errore nell'applicazione dell'ultima parte di questo articolo del Decreto è necessaria una distinzione: Se i componenti

Gl' individui che hanno somministrato le armi, le munizioni, i luoghi di ritirata, possono esser addebitati di reato, se non abbian prestato l'assistenza che ad un sol membro della banda? Il dubbio nasce da queste parole dell'articolo: *alle bande o loro divisioni*. Pare che da queste parole ne derivi la conseguenza che la legge non abbia voluto punire il complice per assistenza, se non quando siesi prestato in pro della banda o di una parte di essa, dappoichè in questo caso il suo reato rendesi più evidente, la sua complicità meno equivoca. Non pertanto questa interpretazione non deb-

be esser seguita con tanto rigore; sonvi dei casi in cui un solo individuo può esser considerato come una divisione della banda; come, ad esempio, se questo individuo fosse stato spedito per provvederla di viveri, di munizioni, se avesse agito in nome di questa banda, ed esercitato l'autorità attinta dalla sua esistenza, da ultimo se questo individuo fosse nolo come capo di questa banda: in questi diversi casi l'assistenza è portata alla banda intiera, e nessun ragionevole motivo potrebbe dettare una distinzione.

la comitiva s'ien trascorsi in misfatti o delitti, allora quei ehò li ricettano o somministrano ajuti ed altro vanno puniti con la pena comminata dal decreto; se poi non siano ancora di altro colpevoli che d'essersi uniti in comitiva, allora i loro ricettatori e somministratori di ajuti, viveri e munizioni restano sotto l'impero dell'articolo 159 LL. P. Questa interpretazione ci pare una chiara conseguenza delle parole del decreto il quale suppone che la comitiva sia ajutata e soccorsa quando incorre per la campagna *commettendo misfatti e delitti*.

Inaozi di metter fine a questo capitolo ci crediamo in debito di sviluppare l'articolo 147 che prevede una circostanza aggravante di qualunque reato, la quale va sotto il nome di *violenza pubblica*.

L'effetto di questa circostanza aggravante versa e sul procedimento e sulla pena: sul procedimento, perchè devolve il giudizio dei reati che essa accompagna alla competenza delle G. Corti Speciali giusta il prescritto del n. 2, art. 486 L. PP.; sulla pena perchè, ai termini dell'articolo 149 LL. P., aggrava sempre di un grado la pena ordinaria del reato cui si accoppia, senza che però questo aumento possa portare alla pena di morte.

Ma quali sono gli elementi che costituiscono questa circostanza aggravante? Essi furono designati dall'art. 147 così concepito: « E accompagnato da

» *violenza pubblica ogni reato commesso da un numero mero non minore di tre individui riuniti a fine di*
» *dellaquere, dei quali due almeno sieno portatori*
» *di armi proprie.* » Da ciò molto consegue. In primo luogo non vi è violenza quando i tre che hanno commesso il reato non si fossero uniti con una volontà criminosa, quando riuniti per tutt'altro oggetto lecito, il loro concorso al reato fosse stato effetto del caso, quindi non vi può essere violenza pubblica coi semplici omicidi volontari, dappoichè commettendosi questi per un impulso istantaneo, escludono ogni precedente concerto. Epperò la Corte giudicatrice debbo nella motivazione della sua decisione fermare non solo il fatto materiale dell'intervento dei tre individui nella consumazione del reato, ma rassodare anche che questi tre individui si erano riuniti per quella operazione criminosa.

In secondo luogo non vi è violenza pubblica quando in commettere il reato i colpevoli facciano uso di armi improprie (*). Ma la legge non soggiunge che l'arma debba essere vietata, quindi a buon diritto si è deciso che vi sia violenza pubblica quando vi concorrono tutti i requisiti preveduti dall'articolo, quantunque i due armati asportassero le armi coo permesso della polizia (*Edi. Nap.*).

(*) Ved. Decis. de' 27 agosto 1814 — Supplemento alla collezione delle leggi, Vol. 1.

CAPITOLO II.

DEL VAGABONDAGGIO

Motivi dei provvedimenti presi dalla legge a riguardo dei vagabondi — Pene cui andavan soggetti sotto l'antica legislazione — Disposizioni della legislazione intermedia — Carattere del reato di vagabondaggio — Disposizioni delle leggi straniere su tal subietto — Definizione del reato — Circostanze costitutive — Mancanza di un domicilio fisso — In quali casi un individuo si dice non aver domicilio fisso — L'individuo arrestato per mancanza di passaporto non può essere per questo solo fatto riguardato come vagabondo — Difetto dei mezzi di sussistenza — Può riputarsi vagabondo l'imputato che abbia in dosso una somma di danaro — Difetto di esercizio di un mestiere — Riunione delle circostanze necessarie per costituire il reato — Il fatto del vagabondaggio debb' esser forse considerato indipendentemente dalla sua moralità? — Delle pene di prigionia — Delle pene accessorie della sorveglianza — Possono forse i giudici esentare dalla sorveglianza in caso di circostanze attenuanti? Provvedimenti applicabili a' vagabondi minori di 16 anni — In quali casi i minori possono esser imputati di vagabondaggio — Questa pena cessa quando i condannati sono ammessi a dar cauzione, o sono richiamati dal consiglio municipale del loro comune — Caratteri di questa doppia natura — Dei vagabondi stranieri — Provvedimenti che si possono prendere a loro riguardo — Circostanze aggravanti il vagabondaggio — Del travestimento, del porto di armi, della detenzione d'istrumenti atti a commetter reati, o di somma di denaro — Del vagabondaggio considerato come circostanza aggravante di certi delitti — Delle violenze contro le persone — Delle falsità nei passaporti e certificati — Comentario degli articoli 269, 270, 271, 272, 273, 277, 278, 279 e 284 del Codice Penale. (Art. 300, 302, 303 e 304 LL. P.)

Gli individui qualificati dalla legge per vagabondi ed uomini senza professione, hanno sempre richiamato la vigilanza del legislatore. La sola loro esistenza segnalata da una vita errante ed avventuriera è paruta una minaccia continua contro l'ordine sociale. Dappoi- ché, niun legame unisce questi tali alla società, niun interesse li lega alla patria; essi percorrono il paese come stranieri, e sembrano sempre pronti a dichiararsi suoi nemici. E come non eccitar la diffidenza questi uomini che non hanno domicilio, che non hanno risorse di vita, cui incresce cercare nel lavoro

un sostegno alla propria sussistenza? Come non ispirare continui timori quando la loro condizione e i loro bisogni costituiscono per essi a legge imperiosa il misfatto, e il loro continuato cangiar di stanza, cancellando le orme dei loro passi, li sottrae alle ricerche della giustizia?

Epperò è una necessità che la legge tenga sempre d'occhio questi pericolosi individui; nondimeno i provvedimenti presi a loro riguardo hanno variato secondo i tempi, e precipuamente secondo i costumi dei popoli. La legge Romana per quanto attesta Ulpiano, ac-

cordava ad ogni preconsolare la facoltà di espellere dalla provincia gli uomini pericolosi e di cattiva fama (1). Questa disposizione fu riprodotta nel capitolo 34 delle costituzioni di S. Luigi: *Se vi ha chi nulla possiede e vive in città senza procacciare cosa alcuna, debbe esser preso dallo giustizia ed interrogato dei mezzi di sua sussistenza, e se si scuopra che egli sia mendicante o di mala vita, debbe esser cacciato di città.* Una ordinanza del Re Giovanni, emessa in novembre 1334, stabiliva un altro sistema di repressione; essa proibiva che alcuna persona, uomo o femmina che fosse, di membra e corpo sano, istruita o non istruita in un mestiere, potesse rimanersioziosa nelle taverne sotto pena d'esser fra tre giorni cacciata di città; se dopo i detti tre giorni si trovasse tuttora in ozio facendola da accattone, allora era arrestata, cacciata in carcere e messa a pane ed acqua per tre giorni; se liberata da tal castigo si trovasse in istato di non poter dimostrare i mezzi di sua sussistenza, era messa alla berlina, ed in caso di recidiva era marcata in fronte con un ferro rovente e bandita da quei luoghi. Questi provvedimenti tornarono inefficaci; in giugno 1436 gli stati della Linguadoca in un reclamo parlarono « di vagabondi, genti senza arte o mestiere che diè e notte stavano buttate nelle bettolle ed altri luoghi di libertinaggio. cui era forza abbandonarsi a furti e ad ogni genere di reato per trovar sostentamento alla loro cattiva vita. le quali erano in sì gran numero che non passava giorno senza succedere qualche lagnanza. Per metter riparo a questo stato di cose generale in tutta la Francia, l'ordinanza di Blois, emessa nel mese di marzo, sommetteva il procedimento giudiziario contro i vagabondi a forme speciali e più rigorose; la dichiarazione del 7 marzo 1526 delegava un luogotenente con la missione speciale di porre in mano della giustizia i *vagabondi, i paltonieri, i maleviventi, le persone senza stato, i giuocatori di carte e di dadi*; da ultimo la dichiarazione del 18 aprile 1558 faceva espresso comandamento a tutti i *vagabondi e persone senza mestiere di obbandonare la città fra ore 24 sotto pena di arresto.*

Le ordinanze posteriori cominciavano le pene della frusta, del marchio, della carcere, e in caso di recidiva della galera. In processo di tempo, i vagabondi furono puniti con la deportazione alle colonie (dichiarazione del 12 marzo 1719); dipoi a questa deportazione, abrogata dalla dichiarazione del 5 luglio 1722, fu sostituita la galera in diversi gradi per gli uomini, e la berlina per le femmine. Un ultimo editto del 3 agosto 1764 serbava la pena della galera per gli uomini validi, e puniva con la prigionia temporanea coloro che, per sesso, età o infermità, non erano in istato di sopportar la galera. « Questo rigore, porta il preambolo di tale editto, ci è paruto tanto più necessario, in quanto che solo con la severità delle pene puossi sperare di porre un freno a coloro cui la pigrizia può indurre a continuare o ad abbracciare una vita che è non solo contraria alla religione e ai buoni costumi, ma pericolosa al riposo e alla tranquillità dei nostri sudditi. »

La nostra moderna legislazione si mostra non meno preoccupata del vagabondaggio. Essa ora prescrive una sorveglianza attiva che dovrà seguire i vagabondi in tutti i luoghi, or ripristina la pena della deportazione altra volta comminata contro di loro. Essa dà al prefetto di polizia, e ai commissari generali il diritto di cacciarli in carcere (2); da ultimo, riproducendo la disposizione dell'articolo 12 della ordinanza del 1670, che dava ai soli preposti dei Marescialli il diritto di giudicarli, essa aprì per queste persone dei tribunali speciali onde esser giudicate in caso di qualunque reato (3).

In mezzo a questo apparato di pene e giurisdizioni speciali pare che si manifesti una specie d'incertezza nello spirito del legislatore. Egli punisce il vagabondaggio, ma mostra tenersi in debito di giustificare il suo diritto di punire. Gli antichi editti fanno una trista dipintura dei disordini onde è causa il vagabondaggio, e dichiarano con una formula abbreviativa: *che i vagabondi saranno puniti, ancorchè non rei di altro misfatto o delitto.* L'articolo 269 del vigente Codice ha stimato necessario proclamare che il vagabondaggio è un reato, eppure esso sfugge ogni pena

(1) Congruit bono et gravi praesidi curare ut peccata atque qui in provincia si quam regit; quid non difficile obtineat si sollicito agat ut malis hominibus provincia careat eoque conquirat. Leg. 13, Dig. de officio praesidis.

(2) Leg. 12 messidoro anno 8, art. 5; e 5 brumajo anno 9, art. 4.

(3) Leg. 18 piovoso anno 9 art. 6, e 7; 18 pratile anno 12.

se, ai termini dell'articolo 273, il consiglio municipale richiama il vagabondo condannato, o un cittadino si offre a rendersi garante di lui.

Il vagabondaggio è piuttosto un genere di vita cui la legge ha creduto dover punire perchè pericoloso, anziché un fatto il quale abbia una intrinseca reità. La legge volle punire nel vagabondo delle inclinazioni viziose, delle abitudini pericolose. Il solo stato in cui si trova il vagabondo, senza professione, senza risorse di sussistenza, mette la società in un giusto timore; questa prevede che il vagabondo sarà trascinato dai suoi bisogni e dalla sua pigrizia ad associarsi ai malfattori per vivere col frutto di delitti. Il vagabondaggio è dunque agli occhi della legge un atto preparatorio, anziché un reato consumato; epperò fu peressità pel legislatore dichiarare che il vagabondaggio era riguardato come un delitto, qualunque fosse la sua natura, e indipendentemente da qualunque circostanza concomitante. Nondimeno non conviene dire che la pena di tal reato sia esclusivamente tutta preventiva. Senza dubbio il vagabondaggio è in parte punito a riguardo degli atti cui può trascinare il vagabondo; ma s'ingannerebbe chi non vedesse in esso che un atto preparatorio. La società ha creato agli uomini delle obbligazioni e dei doveri: uno di questi doveri si è di non rendersi di aggravio al corpo sociale; or, se il vagabondo rompe questi suoi doveri abbandonandosi ad una vita inerte e dissipata, se egli sconosce le leggi del lavoro, puossi certamente dire che vi sia in lui non solo una tendenza pericolosa, ma anche una tal quale immoralità.

Pare che le legislazioni straniere non abbiano ravvisato nel vagabondaggio questi due caratteri; alcune non parlano affatto di questo reato, altre non lo puniscono se non quando sia commesso dai forestieri; altre poi comminandovi lievissime pene, dimostrano chiaramente non riguardare in questo fatto che un atto preparatorio la cui repressione entra nel dominio delle leggi di polizia. In questa ultima categoria vanno le leggi del Brasile e le leggi penali di Malta. L'articolo 295 del Codice del Brasile non pronunzia che una detenzione di 8 a 24 giorni contro « qualunque individuo il quale, non avendo rendite sufficienti, non si dia ad un'onesto mestiere onde trarre i mezzi di sussistenza, dopo che ne sia stato avvertito dal giudice di pace. »

L'articolo 246 delle leggi di Malta va più oltre, e non commina altra pena che l'obbligo di dar cauzione di buona condotta. *Ogni vagabondo sarà correzionalmente condannato alla malleveria.*

Il Codice Penale riguarda il vagabondaggio sotto due rapporti: come reato *sui generis* che ha vita da sé ed indipendentemente da ogni altro reato, e come circostanza aggravante di un delitto o misfatto. Nell'uno e l'altro caso esso veste i medesimi caratteri, si compone degli stessi elementi. Questi elementi si contengono nella sua definizione.

L'articolo 270 (300 II. p.) definisce il vagabondaggio in questi termini: « I vagabondi o uomini senza stato, sono quelli che non hanno né domicilio certo, né mezzi di sussistenza, e che non esercitano abitualmente né mestiere né professione. »

Questa definizione, che riproduce con chiarezza i caratteri del reato, non è nuova. Gli antichi giureconsulti avean dato la stessa definizione, quantunque meno completa, in questi termini: *Vagabundus proprio dicitur qui per mundum vagatur, nec certum habet domicilium in quo habitet* (1). La dichiarazione del 5 febbraio 1731 definiva i vagabondi: quelli che non avendo né professione, né mestiere, né domicilio certo, né beni di fortuna, non possono aver attestati di buona vita e costumi da persone degne di fede. La legge inglese, adottando questi caratteri, esige inoltre che il vagabondo non possa fornire buoni attestati sulla sua condotta. Le Leggi Penali delle Due Sicilie e dell'isola di Malta non esigono che due tra i caratteri contenuti nella definizione, cioè, il difetto dell'esercizio di una professione e la mancanza dei mezzi di sussistenza; esse non aggiungono il terzo requisito, cioè difetto di un domicilio certo (2).

Sotto l'impero della legge del 19-22 luglio 1791, per esser iscritto nelle liste dei vagabondi era anco sufficiente non avere né mezzi di sussistenza, né mestiere, né garanti. La legge del 10 Vendemmiaio anno IV omise

(1) Farinacio, quist. 7, n. 15.; Giulio Claro, quist. 39, n. 7; Glossa in L. 4, § 5, de damn infecto.

(2) Ogni ozioso che non possedesse beni di sorta alcuna, né esercitasse abitualmente ufficio, arte, o mestiere, né avesse altri mezzi legittimi di sussistenza, ancorché avesse domicilio certo, sarà considerato come vagabondo.

parte di questi requisiti: qualunque individuo che viaggiasse fuori il suo cantone senza passaporto era riputato vagabondo se non giustificasse, tra 20 giorni dal suo arresto, di trovarsi iscritto nel censimento di un comune (art. 6 e 7 del titolo 3 di questa legge).

Secondo il nostro Codice tre distinti requisiti sono necessari per costituire il reato di vagabondaggio: è uopo, ai termini dell'articolo 270 (300 II. p.), che l'imputato non abbia domicilio certo, che non abbia mezzi di sussistenza; da ultimo che non eserciti abitualmente né mestiere né professione. A ben intendere il valore di questi tre requisiti uopo è sommetterli ad un minuto sviluppo.

La mancanza di domicilio certo è il primo elemento del reato. Non debbesi però confondere il domicilio con l'abitazione; perchè vi sia reato di vagabondaggio è sufficiente che l'imputato manchi di abitazione. Tale era la sentenza degli antichi giureconsulti. Giulio Claro definisce il vagabondo: *ille qui non certum habet domicilium in quo habitat, ed aggiunge subito: dixi in quo habitat nam in hoc proposito non consideratur an habeat certum domicilium habitationis vel ne, quia, (eo non attento) dummodo non habeat certum domicilium habitationis, potest ubicunque conveniri et puniri* (1). La glossa dà la medesima spiegazione: *qui habitationem non habet dicitur vagabundus* (2). Questa dottrina è in perfetto accordo con la natura del reato. Ciò che costituisce il principale elemento del vagabondaggio è il difetto di abitazione; è quel genere di vita avventuriera mercè la quale il vagabondo sottrae le sue azioni alla vigilanza dell'autorità. Che importa che egli conservi ancora il domicilio originario? questo domicilio non modifica né il suo stato attuale, né il suo modo di vivere, né i pericoli che indi ne derivano. Ma se il domicilio di nascita non impedisce che il reato abbia vita, non conviene però confondere l'abitazione che l'imputato abbia potuto conservare nel suo domicilio col domicilio stesso. Questa abitazione se è certa, se l'imputato non l'abbia mai abbandonata, se egli non fece che allontanarsene momentaneamente, sarebbe un argomento invincibile perchè l'imputato non

potesse essere riguardato come vagabondo; dappoichè la legge esige come elemento essenziale del delitto che l'imputato non abbia domicilio certo, cioè a dire, abitazione attuale; or, dal trovarsi una persona lontana dalla sua abitazione non ne siegue che egli non ne abbia. In conseguenza di questa distinzione è stato giudicato che il fatto di un individuo, il quale non si fosse fatto vedere che assai di rado nel suo domicilio, non poteva far presumere un'abdicazione a questo domicilio, e quindi non poteva costituire lo stato di vagabondaggio. Per tal motivo ancora, in altra occorrenza, si è dichiarato che un individuo iscritto nella lista della guardia nazionale del suo comune, non poteva essere giammai considerato come vagabondo (3).

La legge non richiede che l'abitazione sia fissa, è sufficiente che si abbia un'abitazione; epperò la Corte di cassazione ha potuto decidere che un individuo il quale, senza appartarsi da un comune, va ad abitare or in una casa or in un'altra, non si trovi mica nello stato di vagabondaggio (4). dappoichè dall'esser la sua abitazione mutabile non ne siegue che non sia certa; il comune ove egli risiede, e che giammai abbandona, è il suo vero domicilio. Il cangiar di stanza non lo sottrae agli sguardi e alla vigilanza dell'autorità. Egli non cessa di avere un domicilio certo, ed in questo senso debbe intendersi la espressione adoperata dalla legge.

La legge del 10 vendemmiaio anno IV contiene due disposizioni da noi cennate. Esse prescrivon che qualunque individuo, il quale si trovi in viaggio fuori del suo cantone senza passaporto, debba esser tradotto negli arresti e riguardato come vagabondo se tra venti giorni non dimostra di trovarsi iscritto nel censimento di un comune. Non è dell'obbietto di quest'opera l'indagare se questi provvedimenti di polizia, che sono tuttora applicati, abbiano serbato tutta la loro forza legale, solamente è bastevole notare che essi non involgono nessuna contraddizione con le regole testè esposte. Di fatti, tutto ciò che può essere inferito si è che chiunque viaggia senza passaporto, e tra venti giorni non dimostra il suo domicilio, si trova in istato di preven-

(3) Decis. cass. 15 ottobre 1813; Dalloz, tom. 18, pag. 47.

(4) Decis. cas. 26 piovoso anno 10; Dalloz, tom. 17, pag. 47.

(1) Quist. 39, § 2;

(2) in l. 4, § 5, Dig. de damno infecto.

sione di vagabondaggio. Questa dottrina risulta formalmente da queste parole della legge: *egli sarà ripulato vagabondo, e tradotto come tale innanzi ai tribunali competenti*. I tribunali hanno dunque il dovere di giudicare, cioè di esaminare se in quel caso vi concorrono le circostanze enumerate dalla legge penale come elementi di questo reato. Se la legge del dì 11 vendemmiaio anno IV merita qualche censura, lo è perché l'individuo colto senza passaporto non è messo in istato di accusa che dopo venti giorni accordatigli per dare prova del suo domicilio; lo è perché durante questo termine il suo arresto non poggia su di alcun motivo legale, mentre egli non è ancora imputato di alcun reato, o almeno la sua imputazione va subordinata ad una condizione sospensiva. Ma questo provvedimento di p.d.i.a., comunque estraneo alle regole della legge penale, pure non le modifica punto; l'imputato non è riguardato vagabondo di pieno dritto; egli mancando di presentare la prova impostagli, si trova soltanto imputato di vagabondaggio, ma questa imputazione non può andar disaminata che secondo i principi generali del Codice:

Il secondo elemento del reato è il difetto di mezzi di sussistenza. Quello, cui la propria persona offre delle risorse, non eccita la stessa diffidenza, quando anche non abbia né domicilio né professione attuale. Egli non presenta altro che un genere di vita più o meno bizzarra, la quale ha in sé sicuri mezzi di sussistenza; la sua vita non è di alcun pericolo, giacché non suppone il reato necessario pel suo sostentamento. Non di meno a prima vista pare che questa osservazione ingeneri qualche contraddizione tra l'articolo 270. che mette l'imputato nel dovere di giustificare i suoi mezzi di sussistenza, e l'articolo 278 che lo reputa colpevole allorché gli si trovi in dosso una somma maggiore di 100 franchi. Queste due disposizioni possono essere formalmente conciliate. Colui che si abbandona alla pigrizia, che va errando da città in città, senza poter indicare i suoi mezzi di sussistenza, dee senza dubbio eccitare le inquietudini del potere sociale, ma queste inquietudini debbono forse calmarsi sol perché egli mostri possedere una certa somma? donde mai gli è venuta questa somma? la giustizia ha il diritto di rimontare a questa ricerca; non basta che l'imputato mostri i mezzi di sussistenza, è pur d'uopo che provi la legittimità di

questi mezzi; ed unico scopo dell'artic. 278 è stato di mettere questa prova a suo carico. Se egli documenta la legittimità del suo peculio non v'ha dubbio che svanisce ogni prevenzione di vagabondaggio; mentre il difetto de' mezzi di sussistenza è uno degli elementi di tal reato.

L'ultimo di questi elementi è il difetto di esercizio di un mestiere o di una professione. La legge non si limita ad esigere che l'individuo abbia quel tale mestiere, quella tale professione, essa vuole che l'eserciti abitualmente. Di fatti, è chiaro che chi per la sua pigrizia e pei suoi vizi ha cessato di occuparsi del mestiere che esercitava, questi deve ispirare gli stessi timori di chi non abbia mai avuto una professione. Il solo fatto che possa rassicurare la società dalle minacce di una vita vagabonda e priva di mezzi di sussistenza, è l'esercizio abituale di una professione qualunque; dappoiché nell'esercizio di questo mestiere vi si può trovare un mezzo di sussistenza. Ogni mestiere di qualunque genere, offrendo sufficienti mezzi di sostentamento, debbe distruggere ogni sinistra prevenzione; il giudice è chiamato solo a verificare se veramente si eserciti un mestiere, egli non può mica valutare né la sua natura né la sua moralità. Avvi delle professioni il cui esercizio suppone una vita continuamente errante, tali sono i commessi viaggiatori. Questi individui possono talvolta presentare qualcuno tra i caratteri del vagabondaggio, ma il loro mestiere, quando ne dan prova, li mette al coperto di ogni azione penale. Uopo è però notare che questo mestiere debba essere esercitato di proposito, dappoiché sotto il velo di una professione potrebbero talvolta ascondere criminosi raggi. Questa valutazione entra nel dominio del fatto.

Ai termini dell'articolo 270, perché abbia vita questo reato, è necessario il concorso simultaneo di tutti i tre discorsi elementi. Eppure, per fare svanire tale imputazione, basterebbe che non fosse provata una di queste tre condizioni, come ad esempio se si trovasse che l'imputato, comunque senza risorse pecuniarie e senza professione, avesse un'abitazione certa, o che senza mestiere e senza abitazione, avesse però qualche mezzo di sussistenza. In conseguenza di questo principio la Corte di cassazione ha deciso che l'accusato di vagabondaggio non può poggiare se non sui fatti definiti dalla legge, e che perciò una vita er-

rante e divagata in continui viaggi non sarebbe sufficiente a far pesare su di un cittadino simigliante imputazione.

Qui però non debbe trasandarsi una importante osservazione. Discorrendo le circostanze enumerate dall'art. 270 noi non ci siamo intrattenuti che sul loro concorso materiale; ma può forse dirsi che in ciò stia il tutto? Il vagabondaggio va costituito dalla sola materialità dei fatti indipendentemente dal loro valor morale? La risposta sta nello articolo 269 che contiene queste sole parole: « il vagabondaggio è un delitto ». Dandogli questa qualifica anziché quella di una semplice infrazione materiale, la legge ha necessariamente supposto che esso dipenda dalla stessa volontà dell'agente. In generale le circostanze materiali richieste dall'articolo 270 suppongono e fan presumere questa volontà, ma questa presunzione non esclude mica la prova contraria. Non può dunque negarsi all'imputato la prova che egli offre di una scusa dedotta dalla necessità o dalla forza maggiore. Così colui che da un incendio, da un naufragio, da una invasione nemica fosse stato inopinatamente balzato nella folla senza domicilio, senza mezzi di sussistenza, senza una professione, un esercizio, questi, quando anche tutti i requisiti richiesti dalla legge concorressero nella sua persona, non sarebbe mica un vagabondo ai sensi della legge. Il legislatore non appone a reato un genere di vita che non sia stato abbracciato volontariamente; non colpisce le abitudini pericolose se non perchè da queste il più delle volte traspare un cuore depravato. Ma quando il fatto viene a protestare contro questa presunzione, quando svanisce la immoralità, quando non rimane più che un fatto materiale indipendente dalla volontà dell'agente, forse potrà allora ravvisarsi una infrazione ad una legge di polizia, ma non mai il delitto che la legge ha preveduto e punito.

Il vagabondaggio, scompagnato dalle circostanze accessorie che possono modificare la sua gravità e la sua natura, ha formato il subietto di una penalità speciale. L'articolo 271, che in tempo della revisione del Codice Penale ha patito non pochi cangiamenti, contiene tre distinte disposizioni: cioè, la pena propria del reato che è la prigionia, le misure preventive cui posson andar soggetti i vagabondi, val dire la sorveglianza, e da ultimo le misure repressive applicabili ai vagabondi minori di 16 anni.

La pena principale non fu mica commutata; la prima parte dell'articolo 271 è rimasta concepita in questi termini: « I vagabondi o persone senza stato, che siano stati legalmente dichiarati tali, saranno per questo solo fatto puniti con tre a sei mesi di prigionia. » Questa pena era necessaria ed indipendente dalle misure preventive cui può esser sottoposto il vagabondo; essa sanziona la imputazione della legge, e punisce il reato morale. Debbesi qui soltanto osservare che con le parole « *che siano stati legalmente tali* » uopo sia intendere le sentenze emanate dalle autorità competenti, ove sieno state comprovate le circostanze caratteristiche del vagabondaggio. L'autorità amministrativa può far procedere all'arresto degl'individui che si trovano nello stato di vagabondaggio, ma non può detenerli che in virtù di condanne emanate dai tribunali.

Il pensiero del legislatore del 1810 era stato quello di applicare dopo la prigionia quei provvedimenti che sono più propri al carattere speciale del delitto. La esposizione dei motivi era così concepita: « Il progetto di legge definisce il vagabondaggio; esso lo eleva a reato e gl'inflette una pena correzionale, ma non si arresta qui. Di fatti, a che gioverebbe una prigionia di qualche mese se il vagabondo fosse di poi restituito puramente e semplicemente alla società cui non offre alcuna garanzia? Chi non ha nè domicilio, nè mezzi di sostentamento, nè professione, nè mestiere non può esser membro di una società, questa può cacciarlo dal suo seno, ed abbandonarlo al senno del governo, che potrà nella sua prudenza o ammetterlo in società sotto la garanzia di un onesto e solvibile cittadino, o rinviarlo in una casa di lavoro sino a che apprenda a sovvenire i propri bisogni, o tenerlo chiuso in carcere come un individuo pericoloso che non dà speranza alcuna di emenda. La stessa idea si era già manifestata nelle discussioni del consiglio di stato. Il signor di Cessac avea dimandato per qual motivo i vagabondi eran tradotti in una carcere ove continuavano a serbare le loro abitudini di pigrizia, anziché in una casa ove fossero astretti al lavoro; il signor Regnault avea risposto che si era in progetto di costruire degli opifici nei luoghi ove fossero detenuti i vagabondi.

Epperò la intenzione del legislatore era di sottoporre i vagabondi a dei lavori sia nel

corso della pena, sia dopo la sua espiazione. Tale era il pensiero che aveva dettato la seconda disposizione già espressa nell'art. 271, la quale era così concepita: *I vagabondi, dopo espiaata la pena, rimarranno a disposizione del governo, per tutto il tempo che esso determina, avuto riguardo alla loro condotta.* Se la facoltà conceduta da questo articolo alla polizia poteva dirsi viziosa, ciò era per esser questa facoltà troppo indefinita e vaga. Ma il pensiero che avea dettato questo provvedimento era in se stesso assai morale: la legge, dopo aver punito il vagabondo, volgeva il pensiero alla sua condizione sociale; essa si addossava il carico di emendarlo, di riformare i suoi costumi, di abituarlo al lavoro e procurargli così i mezzi di sussistenza.

Questa preveggente e savia intenzione non è stata intraveduta dal legislatore del 1832; esso non vide che il potere arbitrario conceduto dalla legge alla polizia e l'abuso che talvolta se n'era fatto. Invece di restringere questo potere, egli lo ha totalmente distrutto. La commissione della Camera dei Pari dice al proposito: « Noi non abbiamo mantenuto il diritto di mettere i vagabondi a disposizione del governo; questa pena indefinita ed arbitraria non poteva esser più in vigore in questi tempi. Invano si cercherebbe nelle nostre leggi la definizione di questa pena, e il termine di questo servaggio; perciò abbiamo stimato sostituire a questa pena esorbitante il rinvio sotto la sorveglianza della polizia » (1). Per questi motivi al secondo paragrafo dell'articolo 271 fu sostituito il seguente: « Essi (i vagabondi), dopo la espiazione della pena, saranno rinviati sotto la sorveglianza della polizia per un tempo non minore di cinque anni nè maggiore di dieci. »

Ma qual rapporto aveva la sorveglianza, ridotta al diritto d'interdizione locale, col vagabondaggio? Poco giova interdire al vagabondo l'accesso in qualche luogo, in qualche città; quello che interessa l'ordine sociale si è di porre freno alle pericolose abitudini del vagabondo, di assicurargli i mezzi di sussistenza, di fargli avere un utile posto nella società; la legge lo punisce perchè egli non ha nè professione nè mezzi di sostentamento, essa dunque è in debito di presentar-

gli questi mezzi e questo mestiere. Espiaata la pena, giustizia vuole che il vagabondo non sia messo sotto una inerle sorveglianza, ma sibbene in una casa di lavoro da dimorarvi fino a che non abbia apparato a guadagnarsi il vitto. Questa era la idea che informava l'emendamento proposto dal signor Carlo Comte, col quale voleasi modificar l'antico articolo 271 con prescrive e che la durata del tempo in cui il vagabondo dovea stare a disposizione del governo dovesse esser fissata dalla sentenza o decisione di condanna nei limiti di sei mesi a cinque anni. Il progetto del Codice Penale Belgico adottò questo emendamento rigettato dalla nostra camera, e lo esprime nell'articolo 271 in questi termini: « Essi, dopo espiaata la pena, saranno chiusi in una casa di lavoro, o di mendicizia, per tutto quel tempo che sarà fissato dalla sentenza di condanna, e che non può eccedere dieci anni. »

Qui si presenta una quistione assai grave, agitata non ha guari nella giurisprudenza: i tribunali correzionali possono mai in forza dell'articolo 463 esentare dalla sorveglianza il condannato per vagabondaggio? Tale quistione fu già da noi discussa, ma solamente in rapporto ai condannati per recidiva, ed all'applicazione dell'articolo 58 Codice Penale. Noi fummo i primi a sostenere che i giudici, in caso di circostanze attenuanti, avevano la facoltà di non infliggere la pena della sorveglianza comminata da questo articolo. La Corte di Cassazione, in camere riunite, ha in fine solennemente consacrato questa sentenza la quale era stata già proscritta con venti Decisioni della Sezione Penale (2). Ma questa giurisprudenza si è arrestata all'articolo 58 e ai condannati in recidiva; la sezione penale della Corte di Cassazione ha persistito a negare ai giudici il diritto di rimettere la pena della sorveglianza ai condannati per vagabondaggio (3). Or non è punto agevole cosa precisare le differenze che possono intercedere tra queste due ipotesi.

Primamente è da premettersi come principio non controverso, almeno per rispetto ai condannati in recidiva, che i tribunali correzionali, rivestiti dall'articolo 463 del diritto

(1) Decis. Cass. 2 gennaio 1833.

(1) Processi verali del Consiglio di Stato, seduta del 19 agosto 1839.

(3) Decis. Cass. 18 luglio 1833, 28 settembre 1834, 25 giugno 1835, 5 novembre 1835 ed 11 giugno 1837.

non solo di attenuare la pena di prigionia, ma ancora di condonarla interamente, abbiano a ragion più forte il diritto di astenersi dal pronunziare la pena della sorveglianza: sono questi i termini della Decisione del 2 gennaio 1836. Epperò uopo è sverberar la controversia da tutti gli argomenti che si attengono dai termini restrittivi dell'art. 463. il campo della disputa è cangiato: che il diritto di attenuar la pena, nel concorso di circostanze attenuanti, valga anche per la pena della sorveglianza è ormai fuori contestazione; qui non trattasi che di sapere se le formali espressioni della legge, o la natura del reato di vagabondaggio rendano non applicabile questa attenuazione al caso in esame. Di fatti su questi due argomenti si appoggia la Corte di Cassazione per persistere nella sua giurisprudenza.

Secondo questa Corte « essendo l'articolo 271 concepito in termini generali ed imperativi, non permette ai tribunali di esentar dalla pena gli individui rinviati di vagabondaggio; questo articolo non contiene disposizioni facoltative che rispetto al diritto di fissar la durata della prigionia. » (1)

A questa argomentazione noi daremo una sola risposta, ed è che l'articolo 58 sta concepito in termini identicamente simili all'articolo 271; le espressioni sono parimente imperative, parimente generali, e tuttavia non impediscono che il condannato nel senso dell'articolo 58 possa essere esentato dalla sorveglianza. Di fatti, questa forma è comune a tutte le disposizioni del Codice, perchè esse statuiscou per casi generali; ma l'articolo 463 domina tutte queste disposizioni, ancorchè non se ne fosse fatta menzione alcuna, per escluderlo vi sarebbe stato uopo di un testo formale; puossi forse trovare questo testo in queste altre parole dell'articolo 271, il quale sottomette il condannato alla sorveglianza dopo aver espiata la sua pena? Ma queste parole tolte dall'articolo 47 non fanno che indicare la natura della sorveglianza, la quale non può colpire il condannato che dopo la espiatione della sua pena corporale; non puossi dunque dedurre da ciò alcuna speciale conseguenza.

Il secondo motivo è attinto nello stesso carattere del reato di vagabondaggio: la Deci-

sione degli 11 agosto 1837 è motivata come segue: « dalla esposizione dei motivi che hanno dettato questo articolo risulta che il legislatore non abbia voluto che dopo espiata la pena si restituisse alla società senza precauzione alcuna l'individuo legalmente dichiarato vagabondo; che facendo ai tribunali espresso comandamento di metterlo, senza distinzione alcuna, sotto la sorveglianza della Polizia, la legge riguarda il vagabondo, pel solo fatto della condanna, come se non fosse membro della città, e non vede in lui che un essere per essa pericoloso: che però la sorveglianza gli debbe esser sempre applicata, qualunque fossero le circostanze attenuanti verificate nel fatto della condanna principale, dappoichè questa pena è di sua natura preventiva, speciale e di ordine pubblico. »

Debbesi notare che le considerazioni di questa Decisione sono attinte dall'esposizione dei motivi dell'Oratore del governo. Ma primamente questi motivi sono riportati con poca esattezza, secondamente il loro oggetto era di giustificare il diritto di mettere i vagabondi a disposizione del governo, diritto abolito dalla legge del 28 aprile 1832. Per giustificare questo straordinario provvedimento il legislatore sentiva il bisogno di dichiarare che il vagabondo non era più membro della città; che il governo doveva avere il diritto di detenerlo come un essere nocivo e pericoloso, se non desse niuna speranza di emenda. Questi motivi non possono esser più invocati di presente, dappoichè se il vagabondo potesse essere tuttora riguardato come reietto dalla città, se la legge non vedesse in lui, come dice la Decisione, che un essere essenzialmente nocivo e pericoloso, non avrebbe pronunziato una sorveglianza temporanea, ma bensì una pena perpetua, come avea fatto l'antico articolo 271. Forse la legge nuova si è male apposta sul carattere dei provvedimenti che prescriveva, ma essa certamente ha voluto mettere questi provvedimenti in proporzione col reato, essa ha ravvisato nel vagabondo un essere pericoloso, ma non già essenzialmente nocivo; la pena temporanea che essa ha fatto succedere ad una pena perpetua, suppone necessariamente modificato il principio della legge. Da ciò ne siegue che, non essendosi supposta per fatto immutabile la perversità dell'agente, cessa di essere indispensabile l'applicazione di questa pena. Spetta ai giudi-

(1) Decis. Cass. 20 set. 1834.

ci valutare la sua immoralità, e proporzionare i temperamenti di guarentigia ai pericoli onde il vagabondo minaccia la società. A questo principio generale non puossi imporre alcun limite nella materia in disame.

La detta Decisione soggiunge è vero che la sorveglianza debb'esser mantenuta per tre motivi, val dire perchè *preventiva, speciale e di ordine pubblico*. Ma primamente, perchè queste tre ragioni non si rapportano al solo vagabondaggio? La sorveglianza dell'alta polizia cangia forse natura quando si rapporta a questo reato? Cessa forse di esser preventiva quando è comminata ai ladri di professione in forza dell'articolo, ed ai condannati in recidiva ai termini dell'articolo 58. In queste diverse ipotesi la società non ha forse lo stesso interesse a seguire i passi dell'agente, e sorvegliare la sua azione? e questo interesse non divien forse più pressante allorchè egli si è già reso colpevole di un reato? La Decisione in esame evidentemente confonde il rinvio sotto le disposizioni del governo e la sorveglianza; essa attribuisce a questa ultima pena i caratteri propri all'altra, questa confusione apparisce soprattutto dall'essersi risguardata la sorveglianza come provvedimento speciale al vagabondaggio. Senza dubbio il rinviare alla disposizione del governo era una misura speciale al vagabondaggio, ma la sorveglianza che fu sostituita a questa pena, è un provvedimento comune e generale per tutti i condannati. Nè potrebbesi più ravvisar nesso alcuno tra il reato e la pena, dappoichè ove si fonderebbe questo nesso? Il vagabondo deve trovar la sua emenda nel lavoro, per lui non è mestieri di altrui che di una tutela paterna la quale vegli col suo occhio preveggenza su tutta la vita di lui. Può forse ottenersi ciò con la sorveglianza che lascia il condannato in balia di se stesso, che gli schiude le grandi strade, che gli spiana la difficoltà di una vita vagabonda, che solo si limita ad interdargli l'accesso in qualche città come se egli non potesse che in questa sola città continuare lo stesso genere di vita? La ragione del pari che la legge non ammettono dunque un intimo rapporto tra la pena ed il reato; non è questa una pena speciale, giacchè non esercita alcuna influenza particolare sul vagabondo, epperò non v'ha motivo a dire che i giudici non possono in alcun caso esentare il colpevole da tale pena.

Queste osservazioni sono sufficienti per stabilire che la quistione relativa alla esenzione dalla sorveglianza in forza dell'articolo 463 è identica anche nel caso dell'articolo 271. In entrambe le ipotesi militano gli stessi motivi per risolverle nello stesso modo. Nell'ultimo come nel primo articolo, quel principio che vuol graduata la pena sulla moralità effettiva dell'imputato, non permette che una penalità resti inalterabile qualunque sieno le circostanze favorevoli che accompagnano l'agente. In entrambi i casi sarebbe del pari un assurdo che la pena principale potesse discendere alla classe della pena di polizia, e che la pena accessoria rimanesse invariabile e senza gradi. La giurisprudenza della Corte di Cassazione si mise in contraddizione con se stessa su tale quistione; dopo di aver ammesso il principio essa si contraddice dicendolo non applicabile all'articolo 271.

I vagabondi che hanno meno di 16 anni vengono contemplati nel terzo paragrafo dell'articolo 271; questo paragrafo, aggiunto dalla legge del 28 aprile 1832, è così concepito: « Nondimeno i vagabondi che hanno meno di 16 anni non potranno essere condannati alla pena di prigionia; provati i fatti di vagabondaggio, questi saranno messi sotto la sorveglianza dell'alta polizia sino all'età di 20 anni compiuti, tranne se innanzi a questa età essi abbian preso servizio nelle armate di terra o di mare. »

Questa disposizione fu adottata su la proposta del signor Carlo Comte. Questo deputato avea concepito il suo emendamento in questi termini: « L'imputato di vagabondaggio che avrà meno di 16 anni, o che proverà di non aver potuto esercitar alcun mestiere o professione, nè esser ammesso in una casa di lavoro, non sarà mica condannato alla prigionia, ma, provati i fatti di vagabondaggio, egli sarà messo a disposizione del governo per un tempo non minore di sei mesi nè maggiore di cinque anni. Il governo, su questi individui messi a sua disposizione in forza dell'articolo precedente, eserciterà i diritti annessi alla patria potestà sino al tempo fissato dalla condanna. » Portatosi l'esame di questo emendamento alla camera dei Deputati, la sua commissione esprime il suo avviso in questi termini: « La commissione ha osservato che la prigionia essendo una pena, non poteva esser inflitta ad un fanciullo cui la età può presentare scevro d'ogni colpa; es-

sa ha pensato che si abbia solo il diritto di sorvegliarlo, e di ritenerlo come vagabondo. In conseguenza la Commissione propone di esentare dalla prigionia l'imputato di vagabondaggio minore di 16 anni, e di metterlo soltanto a disposizione del governo sino all'età di anni 20. Questa disposizione tenderebbe a concedere al governo sopra tali sudditi, le sembianze della patria potestà. Questo emendamento ci è paruto una violazione de' diritti di famiglia ed una concessione alla polizia di diritti che non le spettano. In conseguenza la commissione dei Deputati non adottò che quella parte di emendamento la quale esentava dalla prigionia i giovani minori di 16 anni. La camera dei Pari modificò in processo questa disposizione e vi sostituì la sorveglianza.

Sotto l'impero del Codice Penale del 1810 si era fatto quistione: se i fanciulli minori potessero trovarsi nello stato di vagabondaggio. I motivi che davano luogo alla quistione si erano che il minore ha il suo domicilio presso il padre o la madre, che non gli si può apporre a colpa di non esercitare alcuna professione, che non sia in debito di giustificare i suoi mezzi di sussistenza, giacchè egli ha diritto di esser nutrito ed allevato da' suoi genitori. Per queste ragioni la Corte Reale di Colmar ha giudicato che il minore, il quale abbia padre, madre o tutore, o che sia sotto la tutela di un pubblico ospizio, non può trovarsi legalmente in istato di vagabondaggio. Ma questa Decisione non era mica esatta; essa confondeva il domicilio di nascita con quello di dimora, essa supponea che gli obblighi imposti alla famiglia cancellassero la immoralità e i pericoli del vagabondaggio.

« Il vagabondaggio, ha detto il procurator generale della Cassazione, in una requisitoria adottata da questa Corte, è pericoloso in tutte le età, esso principalmente su di un fanciullo ha di singolare la influenza d'informare l'animo alla pigrizia, d'ispirargli la noja pel lavoro, di metterlo nel pendio di viziose abitudini. Se egli troppo giovane non comprende ancora di quanto danno sia a se stesso, e di quanto pericolo alla società, la giustizia trova nei nostri codici delle disposizioni che permettono di attenuar la pena, ma la legge vuole che gli si dia un castigo. » Del rimanente, la nuova disposizione aggiunta all'articolo 271 ha fatto svanire ogni dubbio, di fatti è chiaro che i minori ancor-

chè di anni 16, possono esser dichiarati in istato di vagabondaggio, dappoichè la legge prescrive le misure a loro applicabili dopo che sieno stati dichiarati vagabondi.

La requisitoria da noi citata supponeva del pari che l'articolo 271 avesse implicitamente derogato agli articoli 66 e 69, e che in conseguente i minori di 16 anni, imputati di vagabondaggio, non potessero invocare il beneficio della loro età. Questa giurisprudenza fu censurata dal signor Carnot, e questa censura non era senza fondamento; ma il nuovo paragrafo dell'articolo 271 ha già fatto svanire tale quistione. Di presente non v'ha dubbio che questa disposizione non deroghi formalmente agli articoli 66 e 69, dappoichè essa si applica come questi articoli agli imputati minori di 16 anni, e prescrive per essi delle misure speciali che tengono le veci delle disposizioni generali contenute in questi articoli. Epperò non debbesi elevare la quistione di discernimento per gli imputati del vagabondaggio minori di 16 anni, ma qualunque sia la loro colpa, essi non possono andar soggetti che alla sorveglianza dell'alta polizia fino alla età di 20 anni, e questo provvedimento debbe cessare se essi pigliano servizio nell'armata.

Le pene comminate contro il vagabondo possono trovare un termine in due misure straordinarie che sono speciali a questo reato: una si è quando il vagabondo è richiamato dal consiglio municipale del suo comune, l'altra quando per lui si dà cauzione da un cittadino sovrabile. L'art. 273 è così concepito: « I vagabondi nati in Francia, ancorchè condannati come tali con Decisione passata in cosa giudicata, potranno esser richiamati da una deliberazione del consiglio municipale del comune ove sono nati, o garantiti da un cittadino sovrabile. Se il governo accoglie i reclami od ammette la cauzione, gli individui così richiamati o presi sotto cauzione saranno rinviiati o condotti nel comune che gli avrà richiamati in quello ch'esserà stato loro assegnato per residenza su la domanda di cauzione. »

Questa disposizione è stata attinta dall'articolo 3 del tit. 3 della legge del 24 vendemmiaio anno secondo, la quale disponeva così: « ogni cittadino che verserà nelle mani del ricevitor generale del Distretto la somma di cento lire per rispondere della condotta di un mendicante detenuto senza circostanze aggravanti, potrà ottenere il di lui sprigiona-

mento dirigendosi ai Tribunali competenti. L'articolo 273 statuisce una vera condonazione di pena accieglendo o accettando la cauzione. Il governo, agendo in esecuzione della legge, condona la pena; se il condannato abusa della sua liberazione non può esser più arrestato in forza dello stesso giudicato; questo giudicato è stato già eseguito, esso non ha più forza contro di lui.

Ciò è stato implicitamente riconosciuto nella discussione del Codice; la Commissione del Corpo legislativo presentò le seguenti osservazioni: « Se per un vagabondo nato in Francia si presta una cauzione, e la cauzione è ammessa, pare che questa cauzione non dovrebbe esser estranea alle misure di precauzione pubblica che saran prese intorno a questo individuo; niuno ha maggiore interesse che il cauzionante di vegliare alla condotta di lui; ma se il vagabondo è rinviato in luogo lontano da chi ha prestato cauzione per lui, questi non può più intendere a questa sorveglianza, e la sua cauzione è in continuo pericolo di rimaner compromessa. Il vagabondo potrà cadere in reali, cui sarebbe forse stato facile al cauzionante di prevenire se fosse stato sotto i suoi occhi; questi avrebbe forse potuto anche impegnare la sua condotta con avvertimenti e col lavoro che gli avrebbe potuto procurare. Perciò la Commissione crede che sia utile di aggiungere nella fine dell'articolo queste parole: « secondo la domanda del cauzionante. D'altra banda, ai termini dell'articolo 44, data la cauzione, il condannato rientra nella classe degli altri cittadini; se la cauzione è accettata, pare che non vi sia più il caso di metterlo a disposizione del governo, ed è sufficiente che sia rinviato nel proprio comune, in caso che sia stato richiamato dal corpo municipale, o nel comune indicato sulla domanda del cauzionante. » Da queste osservazioni adottate dal consiglio di Stato risulta che il reclamo del Consiglio municipale, o la cauzione fanno cessare anche il diritto di mettere il condannato a disposizione del governo, e che egli ricupera tutti i diritti di cittadino.

La forma del reclamo del corpo municipale non presenta alcuna difficoltà. Non può però dirsi lo stesso della cauzione. La legge non ha punto spiegato qual debba esser la natura di questa cauzione, come debba esser data, e da ultimo quali sieno i suoi effetti. Ma è chiaro che qui si tratta, come all'anti-

co articolo 41, di una cauzione di buona condotta; ma non è necessario che la cauzione medesima sia depositata in denaro contante, poichè l'art. 271 vuole che si riceva da un *cittadino solvibile*, mentre l'art. 41 l'ammetteva per parte di *chiunque*. Quanto all'ammontare della cauzione, ed ai rischi onde va accompagnata, debbesi prender norma dal contratto che intercede tra il cauzionante e l'amministrazione, contratto che debbe formare le obbligazioni della cauzione, esso fa la legge fra le parti.

Il testo dell'articolo 273 non si estende che ai vagabondi dichiarati tali da un giudicato, ma potrebbero essi mai reclamare questo beneficio se non fossero che in istato di accusa? il signor Carnot non ha su di ciò dubbio alcuno, egli dice che in questi casi puossi a più forte ragione reclamare il beneficio dell'articolo 273, se lo si può anche dopo il giudicato. Questa ragione non ci pare troppo concludente. La legge ha potuto mettere un termine alle misure che gravano sul condannato allorchè la cauzione di un onesto cittadino, e la voce di un romone offrono delle garanzie per la di lui futura condotta; è questa in certa guisa una condonazione di pena, una grazia che l'amministrazione è autorizzata ad accordare; ma questo provvedimento suppone necessariamente una dichiarazione di colpa, una condanna pronunciata. Di fatti, onde potrebbe l'amministrazione ripetere il diritto di rinviare nel suo comune, o sottomettere alla garanzia di una cauzione, un individuo che, non essendo ancora che imputato, si reputa non aver commesso alcun reato? La sola condanna giustifica queste misure, che altrimenti non sarebbero che atti arbitrari e tirannici. La garanzia di un comune e di un cittadino possono fiaccare, o fare svanire la imputazione, ma l'applicazione dell'articolo 273 non può esser fatta che ad un condannato.

Questo medesimo articolo nel suo ultimo comma dispone che i vagabondi rinviati nel loro comune, o ammessi a dar cauzione, *saranno condotti nel comune che sia stato assegnato loro per residenza*. Non conviene dedurre da queste parole che i vagabondi liberati pei reclami del comune, o per cauzione data, non possano allontanarsi da questo comune senza una novella autorizzazione. Il vagabondo, che venga richiamato dal suo comune, o che presti cauzione, ricupera tut-

ti i suoi diritti; gli effetti della condanna cessano tutti. Non debbisi dunque vedere nello articolo 273 che la idea di fare una semplice *designazione del comune*. Stanziatosi nel comune che gli vien prefisso, il condannato non ha altro freno che l'amorosa tutela del consiglio municipale onde fu richiamato, o del cittadino che ha mallevato di lui. Epperò non avendo la legge imposta alcuna pena al suo mutar di residenza, ha chiaramente manifestato non avergli voluto prefiggere una residenza forzata, il che sarebbe stato un'anomalia nel nostro Codice.

Pei vagabondi *stranieri* è stata dettata una disposizione partiulare. L'artic. 272 prescrive: « Gli individui dichiarati vagabondi con un giudizio, se sono *stranieri*, potranno per ordine del governo esser condotti fuori il territorio del regno. Il perchè di tale disposizione trovasi già nell'articolo 7 della legge del 28 vendemmiaio anno 6. « Qualunque straniero, porta questo articolo, il quale viaggia nell'interno della repubblica o vi dimora senza avere una missione di potenze neutrali o amiche riconosciute dal governo francese; senza avervi acquistato il titolo di cittadino, sarà messo sotto la sorveglianza speciale del Direttorio esecutivo, il quale potrà ritirare il suo passaporto, ed astringerlo ad uscire dal territorio francese, se crede che la sua presenza possa intorbidare l'ordine e la tranquillità pubblica. »

Poco innanzi abbiamo elevata la questione: se quest'ultima disposizione fosse stata abrogata dall'articolo 272; ora diciam che basta ravvicinare fra loro i termini di questi due articoli per convincersi che non evvi fra loro nessuna reale contraddizione. Nell'articolo 272 non si tratta che di una sola classe di stranieri, di quelli che sono condannati come vagabondi; per l'opposto nella legge dell'anno 6 si tratta di tutti gli stranieri che viaggiano nell'interno della Francia senza averci una missione di nazione alleata. Nella ipotesi del primo articolo, la espulsione dal territorio è un accessorio, un complemento di pena; una misura che tiene le veci della sorveglianza prescritta contro i vagabondi non stranieri. Nella ipotesi della legge dell'anno 6 la espulsione dal territorio è un provvedimento di polizia amministrativa, una misura puramente preventiva la quale non è conseguenza di alcun reato commesso. Epperò è chiaro che l'articolo 272 non sia stato abrogato dall'articolo 7 della

legge del 28 vendemmiaio anno 6. Quanto al dubbio: su questa disposizione che arma il governo di un potere straordinario, sia ancora rimasta in vigore tra la tanta successione di fasi della legislazione, non è di noi disaminarlo; tale disamina spetta alla polizia amministrativa; essa è estranea alla repressione del vagabondaggio.

Il diritto che l'articolo 272 conferisce alla polizia non può essere esercitato dai tribunali. (1) Questa dottrina, che risulta dallo stesso testo dell'articolo è stata proclamata da molte decisioni della Corte di Cassazione. I motivi addotti in queste decisioni: sono che il solo articolo del Codice Penale, il quale autorizza questa espulsione di stranieri dal territorio della Francia, è l'art. 272; che questo articolo si applica solamente agli stranieri dichiarati vagabondi con un giudizio, ed aggiunge che questi stranieri saranno condotti fuori il territorio del regno *per ordine del governo*, cioè a dire a cura dell'autorità amministrativa; che perciò la sola autorità amministrativa può giudicare di questa necessità; e che in conseguenza i tribunali non possono entrare in questa disamina, non possono comandare la espulsione dal regno senza eccedere i limiti delle loro attribuzioni. (2)

Qual sarà la pena applicabile allo straniero condannato come vagabondo il quale, cacciato dal territorio francese, vi facesse di nuovo ritorno? Qui è necessaria una distinzione: se la sorveglianza che ha dovuto esser pronunziata contro di lui in virtù dell'articolo 271 non è cessata, il suo ritorno in Francia potrà esser riguardato come un'infrazione del bando, e quindi possono essergli applicate le disposizioni dell'art. 45. Ma se il tempo della sorveglianza è trascorso, se egli ha cessato di d'esser soggetto a questa pena, il suo ritorno non può esser considerato come la infrazione di una pena che non ha più impero su di lui. Egli non può dunque esser soggetto ad alcun castigo; solamente il governo potrà valersi del diritto concedutogli dall'articolo 272, e far cacciare di nuovo questo straniero dalle frontiere, dappoichè questo diritto poggia sulla qualità di straniero dichiarato vagabondo con

(1). Vedi Mangia. Trattato dell'azione pubblica. N. 64.

(2). Decis. di Cass. 9 Sett. 1826 (Sirey, 1827, 1, 319) 6 Dicem. 1832 Sirey, 1833, 1, 866.

un giudicato, qualità che rimane indelebile anche dopo la esecuzione della pena.

Questa specie di lacuna si vede in modo più sensibile rispetto agli stranieri espulsi in virtù dell'articolo 7 della legge del 28 vendemmiaio anno 6. Perciò il legislatore si è studiato di appianarla, almen in ciò che concerne una classe di questi stranieri, i rifugiati. L'articolo 2 della legge del 21 aprile 1832, riproducendo quest'antica legge, porta che il governo potrà ingiunger loro di uscire dal regno se essi non siensi ridotti al luogo designato, o se la loro presenza sia capace ad intorbidare l'ordine e la tranquillità pubblica. Questa legge, del pari che quella dell'anno 6, mancava di sanzione; epperò vi ha supplito la legge del primo maggio 1834, la quale nel suo articolo 2 prescrive: « Qualunque rifugiato straniero, il quale non obbedisce all'ordine ricevuto di uscire dal regno, o che essendo stato espulso, vi faccia ritorno senza averne ottenuto il permesso, sarà condannato alla prigionia da uno a 6 mesi. Uopo è notare che questa penalità si applica solamente ai *rifu-*

giati stranieri, essa dunque non potrebbe essere estesa oltre i suoi termini, nè applicata agli stranieri che sono in viaggio, nè a quelli che sono dichiarati vagabondi.

Tali sono le disposizioni che si applicano al vagabondaggio, preso nel suo intrinseco carattere e scevro da tutte le circostanze che possono modificarlo. Noi abbiamo successivamente disaminato il carattere distintivo di tal reato, la penalità che gli è applicata, i provvedimenti speciali emanati per vagabondistranieri; da ultimo la eccezione che può sospendere l'applicazione della pena quando il vagabondo è reclamato dal suo comune, o trovi chi dia cauzione per lui. Ci rimane ora a disaminare il vagabondaggio sotto due altri punti di vista, cioè quando esso attinge un carattere di aggravazione nelle circostanze che l'accompagnano, e quando esso stesso costituisce una circostanza aggravante di altri reati. Ma siccome questi due caratteri gli sono comuni col reato di mendicizia, così crediamo dover rinviare il loro esame al capitolo seguente.

CAPITOLO III.

DELLA MENDICITA'

Sotto quali rapporti è riguardata la mendicizia in questo capitolo. — In quali casi essa veste il carattere di reato. — Disposizioni di diverse legislazioni che vi hanno rapporto. — Distinzione tra i mendicanti validi ed invalidi. — In quali casi i mendicanti invalidi possono andar soggetti ad azione penale. — Requisiti legati del reato. — Caratteri della reclusione e detenzione dei mendicanti nei depositi di mendicizia. — I tribunali non possono consegnarli alle persone che li richiegono. Gli articoli 271 e 273 non possono essere applicati ai mendicanti. — Dei mendicanti validi — Circostanze aggravanti dello stesso reato — Fatti che attingono una reità speciale o più grave nella qualità di mendicante che concorre nel loro autore. — Caratteri di questi fatti — Delle violenze commesse dai mendicanti — Quale debb' essere la natura di queste violenze per motivare l'aggravazione della pena. — Della sorveglianza applicata ai mendicanti — Questa sorveglianza può mai essere risparmiata mercè le circostanze attenuanti? — La sua applicazione debbe esser circoscritta al caso preveduto dall'articolo 277 e seguenti, o debbe esser estesa a tutt' i casi di mendicizia? Commentario degli articoli 274, 275, 276, 277, 278, 279, 284 e 282 Codice Penale (ar. 301, 302 e 303 LL. P.).

Il legislatore si è occupato della mendicizia, sia per estirparla come una piaga sociale con delle precauzioni e dei provvedimenti di polizia, sia per reprimere con pene i suoi travimenti e i suoi abusi. I provvedimenti preventivi non rientrano nel dominio della giustizia penale. Tali sono gli stabilimenti di ospizii speciali e di depositi di mendicizia per raccogliere i mendicanti, l'istituzione di colonie agricole, di lavoratoi di pietà per tenerli occupati. Spetta all'Economia politica valutare questi provvedimenti, e giudicare de' loro effetti.

Il diritto penale non guarda la mendicizia che ne' suoi effetti; esso la colpisce e reprime allora quando, per circostanze che l'accompagnano, giunge a vestire un carattere criminoso. I mendicanti sono allora assimilati ai vagabondi; i loro passi egualmente sospetti, le loro abitudini egualmente depravate disvelano la stessa immoralità; la società allora attinge il diritto di punirli tanto in questa immoralità che nei pericoli ondeminacciano l'ordine pubblico. Quest'assimilazione di due classi di agenti tolta in presto dall'antico diritto, e

ripetuta nelle leggi straniere ci dispensa di ricordar di nuovo i principi che furono sviluppati nel capitolo precedente.

La mendicizia, scompagnata da ogni circostanza aggravante, non costituisce in sé alcun reato; dappoichè non è mica un'azione imputabile quella di mendicar l'elemosina a'lor quando l'agente debole o infermo non abbia altri mezzi a sostentar la sua vita. Il reato non può cominciare che nel punto in cui la mendicizia non si fonda su di una necessità flagrante, in cui essa deriva dalla infingaggine e dalla scioperatezza, in cui essa diventa il pretesto di andar errando come vagabondo, e serve di mezzo e di velo alla perpetrazione di altri reati.

Questa prima distinzione ha servito di base a tutte le legislazioni su questa materia; essa è rappresentata dalla linea che separa i mendicanti validi dagl'invalidi. In generale, soltanto i primi sono l'oggetto della severità del legislatore; gli altri trovano non solo una scusa, ma un motivo di giustificazione nelle infermità che li rendono inetti al lavoro.

Eppe' la legge Romana non comminava pene che contro i mendicanti validi; a coloro che non potevano sostentar la loro vita col lavoro era permesso di mendicare: *cunctis quos in publicum quaestum incerta mendicitas vocaverit; inspectis exploratur in singulis et integritas corporum et robur annorum; atque inertibus et absque ulla debilitate miserandis necessitas inferatur ut eorum* (1)...

Il nostro antico diritto avea mantenuta questa distinzione. Semplici provvedimenti di polizia reggevano coloro che per età o per malsania non erano in istato di esercitare un mestiere; tali erano i fanciulli, i vecchi, i malati, gli storpi. Siccome, dice Muyart de Vouglans, l'impotenza in cui sono di procurarsi col lavoro i mezzi di sussistenza li fa più degni di commiserazione che di pena quando si abbandonano alla mendicità, e siccome non può loro apporsi che questa mendicità sia frutto della infingardaggine o del libertinaggio, così sono essi sempre distinti da questi ultimi nelle leggi penali, nè sono soggetti a castigo se non quando trascurassero di valersi delle risorse loro offerte dalle leggi a sostentamento di loro vita, sia non presentandosi agli ospizi istituiti a questo obbietto, sia non riducendosi ai luoghi di loro nascita (2). Di fatti la dichiarazione del 18 luglio 1724 portava: « Ingiungiamo ai mendicanti, che per loro età o malsania non sieno in istato di guadagnar la vita col lavoro, di presentarsi agli ospizi per essere ricevuti. » Le pene non erano comminate che per casi di disobbedienza a questo invito.

Per l'opposto i mendicanti validi eran puniti pel solo fatto della mendicità. Perciò un'ordinanza di Francesco I di agosto 1536 portava: « Ordiniamo che quelli i quali vanno mendicando in valida salute sieno astretti a lavorare per guadagnarsi il vitto; ed ove detti mendicanti trascorrono in eccessi, ordiniamo che chiunque possa arrestarli o farli arrestare, menarli nella più prossima giudicatura per farli punire pubblicamente colle verghe, e la frusta: » Un'altra ordinanza di Errico II del 9 luglio 1547 comminava contro i mendicanti le pene della frusta, del bando per le femmine, e della galera per gli uomini. Le ordinanze del 13 aprile 1685, 28 gennaio 1687, 18 luglio 1724, e 20 agosto 1750 mantene-

vano queste pene sostituendo al bando la detenzione per le femmine, e riducendo il massimo delle galere a cinque anni per gli uomini.

La nostra nuova legislazione si è molto occupata della mendicità, ma senza dipartirsi dalla stessa norma. L'articolo 4 della legge del 30 maggio 13 giugno 1790 apriva delle case di lavoro per poveri validi che audassero mendicando. L'art. 22, tit. 2, della legge dei 19—22 luglio 1791 disponeva con la medesima restrizione che i mendicanti validi potrebbero essere immediatamente arrestati e condotti innanzi il giudice di pace; il solo fatto della mendicità lo metteva in prevenzione di reato. La legge del 24 Vendemmiaio anno 2 emana dei provvedimenti repressivi per punire la mendicità, e questi provvedimenti non riguardano che i mendicanti validi. Da ultimo, l'articolo 3 della legge del 16 ventoso anno II ingiungeva alle autorità costituite di vegliare sotto la loro responsabilità, che non lasciassero andar mendicando le persone valide, male tenessero occupate in lavori utili alla società. Da ciò si vede che lo spirito della legislazione sia stato sempre quello di non punire la mendicità che in persona degli individui validi, e di tollerarla nelle persone inferme ed incapaci a sostenere la loro vita col lavoro, eccetto quando tali persone si piegassero alle arti delle frodi, e facessero della mendicità un mestiere.

Tale è del pari l'idea che traspira da tutte le legislazioni straniere. Il Codice penale di Austria non punisce i mendicanti che allora quando l'abitudine di mendicare disvelasse in essi una inclinazione alla infingardaggine. (2 §. art. 261). La legge del Brasile del pari non commina pene contro coloro che vanno mendicando nei luoghi ove sono dei pubblici ospizi di mendicità se non quando essi siano in stato da poter lavorare. Finalmente, le leggi penali di Napoli e dell'isola di Malta non dichiarano improba e punibile la mendicità se non quella che si esercita da persone valide (art. 301 e 245). Lo stesso principio si trova ripetuto nella maggior parte delle legislazioni.

Il nostro Codice ha formalmente consacrato lo stesso principio. Il legislatore distingue i luoghi ove sono istituiti pubblici stabilimenti per accogliere i mendicanti da quelli ove non vi sia una tale istituzione: nei primi è vietato qualunque atto di mendicità,

(1) Leg. 1 Cod. de mendicantibus validis.

(2) Leg. crim. pag. 395.

perchè la società, togliendosi il carico di sostenere i mendicanti, leva loro la scusa della necessità; qualunque atto di mendicizia, ancorchè commesso da invalidi, è un atto di disubbidienza che la legge incolpa e punisce. Per l'opposto negli altri luoghi la mendicizia è permessa, ma ai soli *mendicanti invalidi*, o a coloro che quantunque validi, non fanno della mendicizia un mestiere. Il reato non ha vita se non quando la mendicizia va accompagnata dalla validità; di fatti è questa doppia circostanza che accusa la inlingardaggine e la scioperatezza dell'agente. Ora ci faremo a seguire questa distinzione nei testi della legge.

L'art. 274 (301 §. 1) è così conceputo: « Chiunque è sorpreso in atto di mendicare in un luogo ove avvi uno stabilimento pubblico istituito per ovviare alla mendicizia sarà punito con una prigionia di tre a sei mesi, e dopo espiata la pena sarà condotto nel deposito di mendicizia. »

Questo articolo esige due requisiti perchè questa infrazione possa esser soggetta ad azione penale: uopo è primamente che sia provata la esistenza di un deposito di mendicizia; giacchè, giusta le stesse parole dei compilatori del Codice, sino a quando non sieno istituiti i depositi di mendicizia non può proibirsi di accattare a coloro i quali mancano di mezzi di sussistenza, e però nè anco punirli ove lo avessero fatto. Non è però necessario che questo stabilimento sia nel luogo medesimo in cui si commise il reato; è sufficiente che il deposito sia aperto per *quel luogo*, val dire che l'accattone abbia il diritto di farvisi ammettere; la infrazione è costituita dall'atto di accattare quando già l'accattone poteva trovare aperto per sé un asilo. Il Decreto del 25 luglio 1808 prescrive che in ogni dipartimento s'istituiscano un deposito di mendicizia a fin di accogliere tutti gli accattatori del dipartimento; è dunque sufficiente questo Decreto per proibire gli atti di mendicizia nella estensione del territorio ove avvi tale stabilimento; uopo è però che questo stabilimento sia organizzato, cioè in piena attività. Per quando gl'indigenti non vi sono ammessi dietro loro reclami, l'articolo 277 non può essere applicato, e la mendicizia, ove sia accompagnata da ogni circostanza aggravante, rimane lecita.

Il secondo requisito è che l'agente sia stato sorpreso in atto di *accattare*. Questo requisito fu tolto in prestito dalla dichiarazione del 18 gennaio 1687, il quale non pronunziava pena

che contro coloro i quali fossero sorpresi in atto di accattare nelle città e nelle campagne. Da tali espressioni risulta che non sia sufficiente provare i fatti di mendicizia per poterla punire; la legge colpisce il solo reato flagrante, è necessario che l'agente sia stato sorpreso in atto di *accattare*.

L'atto di mendicizia ha però un carattere proprio che non debbesi perdere di vista. La legge suppone nel mendicante uno stato d'indigenza che essa vuol punire; ma il solo fatto che essa giunge ad incogliere è l'abituazione, è il mestiere di accattare. Non debbonsi dunque confondere gli atti di mendicizia con altri fatti che hanno con essi un'analogia più o meno segnalata; tali sono tutte le collette che si fanno a profitto dei poveri. Allorquando tali collette si fanno non dai poveri stessi, ma da persone che si adoperano in loro favore, non può esservi questione, ma quantunque fossero fatte da coloro che ne trarrebbero profitto, nè anco potrebbero costituire un atto di mendicizia, purchè però fossero accidentali, tali sarebbero le collette raccolte per le vittime di un incendio, di un disastro qualunque. Lo stesso debbe dirsi di tutte le sottoscrizioni; finchè la colletta o la sottoscrizione non ha per obietto che di procurare una provvisoria indennità a colui che le motiva sfugge alla legge penale; potrebbe però rientrare nei termini della legge se diventasse abituale, se fosse un mezzo ordinario di sussistenza. Mercè questa distinzione la corte di cassazione ha deciso che una colletta fatta, a nome di un assistente di Parrocchia, presso tutti gli abitanti di un comune per ottenere da essi una certa quantità di grano, non costituiva il reato di mendicizia (1).

L'articolo 274, dopo di aver pronunciato una prigionia di tre a sei mesi, aggiunge « che il condannato sarà inoltre condotto ai depositi di mendicizia. » (a) « Or quale è il carattere di questo provvedimento? È questa una pena accessoria? O è forse una semplice precauzione di polizia? Non è mica una pena, e ciò risulta dall'articolo stesso, giacchè ivi sta detto che i condannati *dopo espiata la pena* saranno condotti negli stabilimenti. Lo scopo di questa disposizione è stato quello di schiu-

(1) Decis. Cass. 10 novembre 1808, Siry 1807, 2, 1156.

(a) L'art. 304 delle Leggi Penali delle Due Sicilie li assoggetta alla malfeveria.

dere un asilo agli indigenti che non hanno alcun mezzo di sostentamento e di abituare al lavoro coloro che sono gettati nella mendicizia (e la infingardaggine e dalla scioperatezza (1)). E così fu caratterizzata nelle discussioni del Codice penale. Il signor de Cessac domandò per qual motivo gli accattoni non eran condotti nei depositi; il signor Reguault rispose: « che i depositi di mendicizia sono case di soccorso e di asilo, ove gli accattoni possono e debbono ridursi da per loro, e dove non sono mica in istato di detenzione. Che se invece di usare questi mezzi continuano a mendicare, egli è giusto punirli, epperò s'ingigie loro una prigione innanzi d'inviarli ai depositi. Sicchè la reclusione dei condannati in questi depositi è un provvedimento di polizia; il deposito è un asilo, una casa di lavoro. Il delitto fu già espiato, la prigione si è schiusa per loro; la società non li ritiene provvisoriamente che per fornir loro dei soccorsi ed un mestiere. Da ciò ne conseguita che allorquando sia cessato il motivo di questo provvedimento, allorquando il condannato trova sia nel lavoro, sia nella sua famiglia dei mezzi sufficienti a sostentar la sua vita, l'amministrazione non può più ritenerlo, perchè questa detenzione non motivata più da una giusta causa sarebbe una vera pena, epperò un provvedimento illegale. Ma uopo è confessarlo, i diritti dell'amministrazione a questo riguardo sono vaghi e mal definiti. Nel solo Decreto del 22 dicembre 1808, relativo al deposito di Villers-Cotterets si rincontra una disposizione del tenore seguente: « gli accattoni saranno ritenuti in questa casa sino a che non si sieno renduti atti a guadagnare la vita col lavoro, ed almeno per lo spazio di un anno. » Ecco dunque fissato un termine a questa detenzione. Ma primamente questa detenzione forzata di un anno non è forse un'aggravazione della pena? Se l'accattone può vivere col suo lavoro pria che si compia l'anno, perchè pro-

lungare il suo forzoso soggiorno nel deposito, mentre egli ha già espiato la sua pena? Secondariamente, in qual modo verificare se l'accattone sia ovvero no capace a guadagnar la vita? Se si prova che egli non possa giugnere a tanto dovrà perciò rimanere perpepetuamente in istato di detenzione? Da queste sole questioni si rileva che la legge non sia in ciò esatta, e che emanando i provvedimenti, onde sia repressa la mendicizia, non li ha congiunti con quelle forme non meno utili le quali debbono garantire la libertà individuale contro gli atti arbitrari e gli abusi. Il legislatore Belgico ha voluto metter riparo a questa omissione, aggiungendo nel progetto del suo Codice Penale la seguente disposizione all'articolo 274: « Gli accattoni saranno ritenuti ne' depositi di mendicizia per quel tempo che sarà fissato dall'amministrazione, e che non può eccedere cinque anni. »

Alcuni Tribunali per molto tempo ebbero l'uso di ordinare che gli individui da loro condannati per mendicizia, dopo espiata la pena fossero consegnati a chi li reclamasse. Tale disposizione costituiva evidentemente una violazione dell'articolo 274. Di fatti, come abbiamo già osservato, il trasferimento degli accattoni nei depositi di mendicizia non costituisce una pena, ma una semplice precauzione di polizia; questa precauzione presa come conseguenza della condanna, potrebbe essere ordinata anche quando il giudicato non ne avesse fatto menzione. Epperò non all'autorità giudiziaria, sibbene all'amministrativa spetta decidere se i mendicanti debbano essere chiusi nei depositi di mendicizia. Questo principio è stato confermato dalla Corte di Cassazione la quale ha deciso « che la seconda disposizione dell'articolo 274 sia imperativa ed assoluta nell'interesse dell'ordine pubblico, che i tribunali non abbiano il diritto d'impedire le precauzioni da essa prescritte, e che il diritto di valutare le circostanze mercede le quali può dichiararsi non necessaria la esecuzione di tale provvedimento, spetta all'autorità amministrativa che n'è incaricata.

Il reato di mendicizia veste un altro carattere nei luoghi ove non ancora sia istituito qualche deposito. L'art. 275 (301 §. 2) è così concepito: « Nei luoghi ove non ancora vi sono di tali stabilimenti gli accattoni validi saranno puniti con una prigione di uno a tre mesi. Se fossero stati arrestati fuori il cantone di loro residenza saranno puniti con una

(1) Vedi i Decreti del Belgio dei 18 ottob. 1825, e 19 Gennajo 1826 sulla repressione della mendicizia, ed istituzione dei depositi. Tutte le disposizioni che avevano vigora furono mantenute con Decreto del Governo provvisorio del 27 Sette. 1830. Secondo una istruzione del Ministro della giustizia, relativa alla esecuzione dell'art. 274 Cod. Pen. il rinvio di un accattone in un pubblico deposito, può aver luogo senza essere stato prima sottoposto a giudizio, è sufficiente che i mendicanti dimandino di essere inviati direttamente.

prigionia di un mese a tre anni. In questo articolo non si tratta che di accattoni validi. Le persone *invalides*, come già abbiamo detto, hanno la facoltà di mendicare nei luoghi ove non ancora furono eretti ospizi di mendicità. Chiunque sia in questi luoghi tradotto in giudizio per delitto di mendicità può trovare un motivo di giustificazione sia nella sua età, sia nella sua malsania. Del rimanente egli è chiaro che la validità dell'accattone costituisce una questione di fatto. La legge con la parola *mendicante valido* intende quello cui le sue forze permettono di lavorare, e le cui viziose abitudini non si possono accezionare che alla infingardaggine. La Corte di Bourges, attenendosi a questo principio, ha giudicato che un individuo cui era stata mozza una gamba non poteva esser noverato fra i mendicanti validi (1). I fanciulli che accompagnano i loro genitori, le guide che scortano un cieco, comunque validi, sono, per una specie di finzione dettata dall'umanità, noverati nella classe dei mendicanti invalidi, quindi non può loro applicarsi l'articolo 275.

Il solo fatto di essere stato sorpreso in atto di mendicare non è sufficiente per dar vita al reato: la legge non assoggetta a pena che i validi *accattoni per abitudine*. Allorché dunque un accattone è stato dichiarato valido non è che sia provata ancora la circostanza *dell'abitudine*. Ma non è però necessario che il mendicante sia stato sorpreso più volte in atto di accattare perchè vi sia la circostanza dell'abitudine; è sufficiente che si dimostri come egli sostenga la sua vita mendicando, e che questo sia il suo mestiere, il suo modo di vivere.

La pena diventa più grave se il mendicante di abitudine valido sia stato arrestato fuori il cantone di sua residenza; dappoi che al reato di mendicità egli accumula allora quello di vagabondaggio, e questi due fatti palesano in lui un agente pericoloso.

Se i mendicanti invalidi non vanno soggetti ad alcuna pena nei luoghi ove non sono ancora istituiti dei depositi di mendicità, ciò è a patto che ninna circostanza venga ad aggravare il reato. L'art. 276 (301 § 3) enumera alcuni atti che rispetto a mendicanti validi sono costitutivi di delitto, e rispetto i mendicanti invalidi costituiscono solamente delle circostanze aggravanti. Questo articolo è così concepito:

« Tutti i mendicanti, ancorchè invalidi, i quali avessero usato delle minacce, o fossero entrati, senza il consentimento del proprietario o della persona di casa, in un'abitazione o recinti dipendenti, o simulassero delle piaghe o infermità, o andassero accattando in unione, purchè non sieno marito e moglie, il padre o la madre e i loro figli, il cieco e il suo conduttore, saranno puniti con una prigionia di sei mesi a due anni. »

L'articolo 6 della dichiarazione del 18 luglio 1724 portava del pari: « I mendicanti che saranno arrestati nell'atto che dimandano la elemosina con insolenza. . . coloro che saranno arrestati in atto di contraffare gli storpi, o di simulare malattie onde non sono realmente affetti, coloro che si saranno riuniti in numero maggiore di quattro, non compresi i fanciulli, sia nelle città, sia nelle campagne, saranno condannati gli uomini validi alle galere per la durata almeno di anni cinque, e le femmine o gli uomini invalidi alla frusta nell'interno dell'ospizio, e ad una detenzione nell'ospizio generale, temporanea o perpetua secondo le circostanze. »

Perchè sia applicato l'art. 276 (301 § 3) a nulla influisce che gli accattoni sieno validi o invalidi, a nulla del pari influisce che nei luoghi ove il reato fu commesso vi sieno o pur no depositi di mendicità; in questo articolo non vige più quella distinzione stabilita negli articoli 274 e 275. Né ora è necessario che l'accattone sia colto in flagrante delitto, o che abbia l'abitudine di mendicare; è sufficiente la prova che il mendicante abbia accattato con una delle circostanze enumerate dall'art. 274; tutta la gravità del reato sta nel concorso di queste circostanze.

La legge non ha mica definito le minacce, ma questa parola debb' essere intesa nel suo significato ordinario. La minaccia tende a violentare la volontà con la prospettiva di un male qualunque; essa costituisce quasi una via di fatto. Epperò non potrebbonsi includere in questa espressione nè le parole invili nè le ingiurie. L'atto d'introdursi nell'abitazione altrui presenta un'osservazione di altro genere; questa introduzione non potrebbe trovare scusa dal pretesto che il proprietario non siasi opposto, essa non cessa d'essere una circostanza aggravante se non quando il proprietario vi abbia formalmente consentito. Tutte le legislazioni hanno punito con maggiore severità i mendicanti che fin-

(1) Decis. 3 feb. 1831

pono infermità o malattie; è questa una frode, una specie di scrocceria praticata per estorquere l'elemosina. Ma la legge non ha preveduto che queste simulazioni fisiche, le false allegazioni, i racconti d'ideate avventure, di disgrazie, anche l'affermazione di malattie non esistenti, ma però non simulate con fisiche ed apparenti contraffazioni, sfuggirebbero alla disposizione della legge. L'ultima circostanza aggravante si è che si vada pitoccando a torto, ma qual numero di mendicanti è necessario? La nostra antica legislazione, e la nuova legge del Brasile vietano ogni riunione di pitocanti che ecceda quattro persone. Il nostro Codice è più severo; esso proibisce qualunque riunione; non eccettua che quella del marito con la moglie, del padre o madre coi figli, del cieco colla sua guida. Qualunque altra riunione, ancorchè di due individui, formata per mendicare, è interdetta e diventa una circostanza di aggravazione. Uopo è però che queste persone abbiano *pitocato in unione*, la riunione scompagnata dal fatto di mendicizia non avrebbe alcuna influenza.

Tali sono le disposizioni che si rapportano al reato di mendicizia, ed alle circostanze aggravanti di questo reato. Il Codice Penale ha portato più oltre la sua preveggenza; esso ha elevato a delitto alcuni fatti che non risguarda più come circostanze aggravanti della mendicizia, ma che attingono una reità speciale o più grave nel loro concorso con la qualità del mendicante. Queste imputazioni sono comuni ai vagabondi ed ai mendicanti; le seguenti osservazioni si applicano dunque a queste due classi di agenti.

L'art. 277 (303) è così conceputo: « Ogni mendicante o vagabondo che sia sorpreso travestito in un modo qualunque o munito di armi, comunque non ne abbia nè usato nè minacciato, o provveduto di lime, grimaldelli o altri strumenti atti sia a fargli commettere furti o altri reati, sia a procurargli i mezzi di penetrare nelle case, sarà punito con una prigione di due a cinque anni. » Debbesi qui primamente osservare che il requisito di queste imputazioni si è che l'agente sia sorpreso in una delle enunciate circostanze, epperò in questo come nell'articolo 274 la legge non volle punire che il reato flagrante; non è sufficiente che il pitocante o il vagabondo sia stato visto provveduto di questi oggetti, ma è necessario che al momento del suo arresto

questi oggetti gli si sieno trovati addosso; di fatti, questa sola circostanza può far presumere che egli ne usava abitualmente. In secondo luogo è ad osservare che i tre fatti enumerati nell'articolo hanno i caratteri di tre atti preparatori di reati; la giusta diffidenza che circonda i passi del pitocante o del vagabondo si eleva al più alto grado allorchè questo agente si trova munito di oggetti atti a commettere dei reati. La presunzione di una volontà criminosa si trasmuta o veste quasi la certezza di un fatto materiale, ma pure questo fatto non ancora ha vita; la legge non vi suppone nè anco un cominciamento di esecuzione; il reato si volge ancora internamente nella volontà presunta dell'agente. Da ciò ne conseguita che questa volontà debbesi scrutare con una minuziosa sollecitudine; che questa circostanza non solo esista materialmente, ma faccia anche presumere quella intenzione onde la legge l'ha dichiarata indice manifesto; che in una parola non sia sufficiente essersi trovati addosso all'agente oggetti più o meno atti a commettere reati, ma ancora che egli non possa assegnare un motivo legittimo alla detenzione di questi istrumenti. Applicando questo principio, la Corte di Cassazione ha giudicato che l'articolo 277 non poteva essere applicato ai vagabondi o mendicanti che si trovassero muniti d'istrumenti diversi riconosciuti necessari all'esercizio di un loro mestiere. (1)

L'art. 278 (S. II. p.) prevede anche un fatto che rientra nella medesima categoria. Esso è così conceputo: « Ogni mendicante o vagabondo in dosso a cui siasi trovato uno o più oggetti di un valore maggiore di 100 franchi, e che non giustifichi la loro provenienza, sarà punito con la pena prescritta dall'articolo 276. » Noi abbiain già avuto occasione nel capitolo precedente di sviluppare lo spirito di questo articolo, il suo scopo fu quello di mettere a carico del vagabondo o mendicante, trovatosi possessore di una somma maggiore di 100 franchi, la prova del suo legittimo possesso. Sino a questa prova si presume che questa somma provenga da un furto, e su questa presunzione è poggiata la pena. La legge inoltre richiede che questi oggetti siensi trovati addosso all'agente: se non si verifica questa circostanza, egli può

(1) Decis. di Cass. 3 giugno 1836, (Giornale del Diritto Crim. 1836, p. 351),

essere imputato di furto se si provi aver riposto questi oggetti in qualche luogo; ma non potrebbe incorrere la pena preveduta da questo articolo pel solo fatto del possesso di questi oggetti, e per la sola presunzione che esso fa nascere.

Se le circostanze prevedute dagli articoli 277 e 278 non costituiscono degli atti preparatori, o anche delle semplici presunzioni di una criminosa volontà, non è lo stesso dei fatti preveduti dagli articoli 277 e 280. Questi fatti costituiscono da per loro dei reati, l'essere commessi da mendicanti o vagabondi non fa che aggravare il loro carattere.

L'articolo 279 comprende tutti gli atti di violenza. Esso è così conceputo: « Ogni mendicante o vagabondo che abbia usato qualunque siasi atto di violenza contro le persone sarà punito con la reclusione, senza pregiudizio delle pene più gravi dovute in ragione della gravità delle circostanze, di violenza. » Qualunque via di fatto, qualunque violenza per lieve che sia, giusta la espressione della esposizione dei motivi, v'è nelle ipotesi di questo articolo il carattere di misfatto. Non è mica necessario che queste violenze sieno state commesse in atto di p'locare: l'articolo non esige questo concorso, esso richiede solamente che l'autore di esse abbia la qualità di mendicante o vagabondo. Applicando tale principio, la Corte di Cassazione ha potuto decidere che questo articolo si possa applicare al mendicante il quale abbia usato violenza contro il Commissario di polizia che voleva arrestarlo. (1) Ma può un tal principio dirsi consono allo spirito della legge? Se essa non ha elevato il concorso delle violenze con gli atti di mendicità a condizione del reato, non ha forse richiesto almeno che le violenze si fossero commesse o durante il vagabondaggio dell'agente o nello scopo di giungere alla perpetrazione di qualche reato? La legge ebbe in mira di proteggere i cittadini contro le rapine di questi uomini isolati la cui vita errante agevola ogni loro audace tentativo; questa vita nomade rende più grave l'atto di violenza perchè può risguardarsene come lo scopo, e perchè rivela una perversità più abituale. Ma per giustizia l'atto di resistenza alla forza pubblica non cambia di natura o che sia commesso da un mendicante o che lo sia da qualunque altro

imputato. Questa distinzione era nel pensiero del legislatore. La pena, dicea il signor Berlier, può esser più severa di quella prescritta dal diritto comune perchè vi sono delle violenze la cui pena non giunge mai alla reclusione; ciò è vero, e ciò appunto si è voluto. Di fatti vi ha molta ragione a punire più severamente le violenze che usa il mendicante o vagabondo perchè esse hanno, per la qualità di queste persone, un carattere non equivoco e più criminoso. (2)

L'articolo vuole che le violenze sieno state commesse da un mendicante, e questa espressione sembra indicare che essa non si applichi se non ai mendicanti di abitudine; dappoi che questa abitudine di mendicità li mette allo stesso livello dei vagabondi, e li sottopone alle stesse precauzioni. Impertanto la Corte di Cassazione è andata in contraria sentenza, sul motivo che l'articolo 279 non ha enunciato la condizione dell'abitudine, e, a dire il vero, il testo di questo articolo giustifica tale interpretazione.

L'articolo 281 presenta un altro reato il cui carattere è del pari aggravato dalla qualità di vagabondo o mendicante che concorra nel suo autore. Questo articolo porta: « Le pene stabilite dal presente Codice contro gli individui autori di falsi certificati, falsi passaporti, o falsi fogli d'itinerario saranno sempre inflitte nel massimo quando vengono applicate ai vagabondi o mendicanti. La sola questione che eleva questo articolo è di sapere se le pene che egli prescrive sieno applicabili al solo atto di portar falsi certificati, ovvero anche a quello di foggiarli ed usarne, noi abbiamo discussa tale questione nel capitolo XXVII, e l'abbiamo risolta nell'ultimo senso.

Qui hanno fine le disposizioni aggravanti comuni al vagabondaggio e alla mendicità. Rimane un solo articolo che è diventato il subietto di una interessante controversia. Questo articolo, comunque non si applichi più che ai soli mendicanti, è però rimasto tra le disposizioni comuni alle due classi di delinquenti, ed il motivo ne fu che esso in origine applicavasi ad entrambe le classi. L'antico art. 282(302) portava: « I vagabondi o mendicanti che avranno espiate le pene prescritte dagli articoli precedenti, rimarranno a disposizione del governo. » Or, da una banda

(1) Decis. 12 sett. 1818, Dalloz, 28, 44.

(2) Processi verbali del Consiglio di Stato-Sedute del 3 ul. 1818.

avendo la legge del 28 aprile 1832 soppresso il *refugio* alla disposizione del governo, e dall'altra avendo introdotta una sorveglianza generale per tutti i vagabondi legalmente dichiarati tali, qualunque fossero le circostanze accessorie del reato, non rimaneva che sottomettere i mendicanti alle stesse precauzioni, e tale è stato lo scopo dell'articolo 282 così conceputo: « I mendicanti che saranno stati condannati alle pene comminate dagli articoli precedenti, dopo espiata la loro pena saranno sottoposti alla sorveglianza della polizia per un tempo non minore di cinque anni, e non maggiore di 10.

Questo articolo eleva due quistioni egualmente gravi: la sorveglianza che esso prescrive si applica a tutti i condannati per mendicizia senza distinzione, o solamente ai mendicanti condannati con una delle circostanze aggravanti prevedute dall'articolo 277 e seguenti? Possono i giudici esentare da questa pena in caso di circostanze attenuanti provate, ed in virtù dell'articolo 463? Noi non c'interterremo in questa seconda quistione comunque decisa per la negativa dalla Corte di Cassazione (1). Il nostro avviso contrario a questa Giurisprudenza è stato sviluppato nel capitolo precedente a proposito dell'art. 271, e ci pare opera vana riprodurre un'argomentazione che di necessità è la stessa in entrambe le ipotesi. Ci occuperemo dunque solamente della quistione speciale che nasce dalle prime parole dell'articolo 282.

Insino ad oggi queste parole non avevano ingenerato dubbio alcuno. Dal 20 aprile 1813, val dire in tempo prossimo alla promulgazione del Codice, il gran giudice Ministro della giustizia, in una circolare su la esecuzione del Codice Penale, riconosceva formalmente che i soli mendicanti condannati per una delle circostanze aggravanti espresse nell'articolo 277 e seguenti, eran messi a disposizione del governo dall'articolo 282; la giurisprudenza dei tribunali, e della stessa Corte di Cassazione si era costantemente pronunziata in questo senso fino alla Decisione di questa ultima Corte degli 8 ottobre 1836. Da questa Decisione ebbe origine la controversia. Giova riportare i motivi di questa novella interpretazione; questi motivi riprodotti nelle Decisioni pronunziate in processo so-

no « che il paragrafo 3 della Sezione 5, capitolo 3, titolo I, libro 3, Codice penale si occupa esclusivamente della mendicizia, e dei reati commessi dai mendicanti, che questo paragrafo 3 abbraccia gli articoli 274 e seguenti, cosicchè ci è compreso anche l'articolo 282, che la rubrica *disposizioni comuni ai vagabondi e mendicanti* non è mica la intitolazione di un paragrafo distinto che separi l'articolo 273 dall'articolo 277; che l'articolo 278, il quale si trova dopo la detta rubrica, in quanto alla pena da infliggersi in questo articolo, rinvia all'articolo 276, il che prova a chiare note i rapporti che vi sono tra questi due articoli, e dimostra che sono loro comuni le stesse regole; che l'articolo 282, il quale sottopone alla sorveglianza dell'alta polizia dello Stato i mendicanti che avranno espiata la pena comminata dagli articoli precedenti, si rapporta necessariamente e senza distinzione a tutti gli articoli che compongono il paragrafo 3, e che perciò tutti i mendicanti condannati ad una pena qualunque, in forza degli articoli che compongono questo paragrafo, debbono esser sottoposti alla sorveglianza (2).

Questi motivi, comechè attinti dai rapporti che intercedono tra diversi articoli del Codice, pure non ci sembrano senza replica. Il legislatore ha diviso in tre distinte categorie le disposizioni che mirano a reprimere il vagabondaggio e la mendicizia: le due prime sono speciali, una al vagabondaggio l'altra alla mendicizia; la terza è comune ad entrambi questi reati. L'articolo 282 forma l'ultima disposizione della terza categoria; epperò, siccome esso si limita a sottoporre a sorveglianza i mendicanti che sieno stati condannati alle pene prescritte dagli articoli precedenti, la prima idea che debbe nascere da queste espressioni si è d'intendere con le parole *articoli precedenti* non già tutti gli articoli del Codice che si rapportano alla mendicizia, ma soltanto quelli che sono compresi nella categoria cui mette fine l'articolo 282. Questa idea acquista un grado più preciso di evidenza se si studiano con attenzione i termini di questo articolo. Di fatti, ivi non si legge come negli articoli precedenti: *Ogni mendicante*, ma solamente *i mendicanti*, e come se il legislatore avesse tenuto che que-

(1) Decis. 12 marzo 1835 (Giorn. del dir. criminale 1835 p. 145.)

(2) Decis. Cass. 8 otto. 1836, 8 aprile 1837, Sirey 1837, 353.

sta espressione s'interpretasse troppo largamente, si è sollecitato a restringerla, aggiungendo: *i mendicanti che saranno stati condannati alle pene pre-eritte dagli articoli precedenti*. In conseguenza non tutti i mendicanti vanno sottoposti alla sorveglianza, ma soltanto quelli che fossero condannati in virtù degli articoli precedenti, cioè a dire quelli la cui mendicizia fosse stata accompagnata dalle circostanze aggravanti prevedute dagli articoli 277 e seguenti. Dappoichè, se questa interpretazione non fosse esatta, quale sarebbe il significato di quelle parole? a qual motivo volerle inserire nella legge?

Si è tentato di darne una spiegazione e si è detto: la mendicizia non è in se stessa un reato; la legge non sottomette a pena tutti i mendicanti; nei luoghi ove non sono istituiti depositi di mendicizia la legge non punisce i mendicanti invalidi, gli atti isolati di mendicizia; essa perdona anche la guida del cieco, quantunque mendicante per abitudine, e la famiglia che accompagna il suo capo. Da ciò ne siegue che non essendo soggetti a pena tutti i mendicanti, l'articolo 282 non poteva sottometerli tutti alla sorveglianza, così spiegansi i termini di questo articolo; la pena che esso pronunzia non poteva applicarsi che ai mendicanti i quali avessero sofferto una condanna. A noi pare che questa spiegazione data in sostegno del sistema seguito dalla detta Decisione non sia esatta. Egli è chiaro che un individuo il quale non abbia commesso un fatto qualificato dalla legge per delitto non possa esser sottomesso alla sorveglianza, ed assurda cosa sarebbe supporre che il legislatore avesse inteso ovviare ad una obiezione così puerile. Non v'ha certamente eccezione alcuna alla regola la quale prescrive che nessuna pena possa applicarsi a chi non sia stato soggetto a condanna. D'altr banda sopprimate le parole restrittive dell'articolo, e voi continuerete a leggere nel suo testo: *I mendicanti dopo la espiazione della pena saranno rinviiati*. Da ciò ne conseguiva che anche sopprimesse le parole, che nell'articolo si presentano in dubbio senso, non potrebbe essere applicato che ai mendicanti i quali hanno subito una pena, e che in conseguenza sieno stati condannati alle pene prescritte dal Codice; perciò queste parole debbono avere un altro significato, giacchè non può sopporci che per una inutile ripetizione sia stata espressa la stessa idea due vol-

te nello stesso articolo, perciò esse appalesano le idee che la sorveglianza si sia voluta restringere agli articoli precedenti, cioè a quelli contenuti nella sezione comune.

La stessa idea si appalesava nell'antico testo del Codice; nella revisione di questo Codice l'articolo 282 ha patito la sola soppressione della parola *vagabondo* dichiarata inutile a causa della disposizione identica contenuta nell'articolo 271, nel quale invece di sottometerli il condannato alla sorveglianza, si metteva a disposizione del governo. Or, a che pronunziarsi contro i vagabondi nell'articolo 282 un provvedimento che era stato loro applicato nell'articolo 271 se il pensiero del legislatore non fosse stato quello di limitare l'articolo 282 alle disposizioni del paragrafo comune? Se non si ammettesse questa interpretazione, dovrebbe dirsi che la legge avesse per una inutile sovrabbondanza applicato due volte le stesse pene alla stessa classe di delinquenti. Sicchè il Codice del 1810 limitava le parole: *articoli precedenti* agli articoli dello stesso paragrafo, e questo significato deve essere necessariamente lo stesso anche rispetto a mendicanti. I termini più generali dell'articolo 271 in ciò che concerne la sorveglianza hanno permesso di evitare la ripetizione, ma i termini ed il senso dell'articolo 282, limitato soltanto ai vagabondi, non hanno patito alcuna alterazione.

Dagli stessi testi nasce quest'ultima quistione. La Corte di Cassazione ha osservato che l'articolo 278, il quale si trova compreso tra le disposizioni comuni, rinvia in quanto alla pena all'articolo 276; ciò, secondo quella Corte, indica e le relazioni che intercedono tra gli articoli 276 e 278, e dimostra che le stesse regole sono loro comuni. Da questo ravvicinamento può tirarsi un argomento tutto contrario; di fatti, se nei casi preveduti dall'articolo 278 il legislatore non avesse voluto cominciare altre pene che quelle comminate dall'articolo 276, non avrebbe mica formato un articolo distinto; esso si sarebbe limitato ad aggiungere un paragrafo a questo ultimo articolo che prevede tre circostanze. Se egli non ha ciò praticato, se ha preveduto quest'ultima ipotesi in un articolo separato, lo fu perchè egli voleva applicare a questo caso più grave una pena supplementaria, la sorveglianza prescritta dall'articolo 282. In conseguenza, quando la mendicizia è accompagnata dalle sole circostanze prevedute dall'ar-

ticolo 286, allora non va punto soggetta alla sorveglianza.

Distighiamo ora la quistione dei testi ed indaghiamo la ragion della legge. Non v'ha dubbio, i mendicanti sono stati senpre obietto di un'attiva sorveglianza da parte della polizia amministrativa, e ne danno prova le leggi dei 22 dicembre 1789, gennaio 1790, 16-26 marzo 1790, 30 maggio -13 giugno 1790, 10-22 luglio 1791 e 12 messidoro anno V. Or, la Corte di Cassazione ha creduto che il legislatore del 1810 non abbia voluto svestirsi dei diritti di questa sorveglianza sopra la classe dei mendicanti, ma solamente farla dipendere non più dall'arbitrio della polizia, ma da una sentenza di condannazione, e che l'articolo 280 sia l'ultimo anello di questa catena di disposizioni che sono di stretto freno alla mendicizia. A noi pare che qui si confondano due cose ben distinte: la sorveglianza amministrativa prescritta dalle leggi per noi citate, sorveglianza tutta morale, tutta preventiva che debbe essere esercitata senza toccare senza ferre colui che n'è l'obietto, e la sorveglianza dell'alta polizia il cui carattere è necessariamente repressivo, e la quale non può essere applicata che agli individui costituiti in istato di legale diffidenza da un giudicato. La legge, per prevenire i traviamenti delle persone che si abbandonano alla mendicizia, ha voluto che l'autorità amministrativa intervenisse a sorvegliarle, ma da ciò non ne seguita che tutte queste persone debbano essere indistintamente sottomesse a quest'ultima sorveglianza.

Le precauzioni preventive si estendono a tutti; i provvedimenti repressivi gravano solamente sopra di quelli che coi loro reati hanno dato alla giustizia motivi di diffidenza. Epperò il legislatore non ha inteso elevare l'articolo 282 a sanzione di tutte le disposizioni che raccomandano i mendicanti alla sorveglianza dell'amministrazione. Quell'articolo debbesi tenere come una disposizione meramente penale riservata pei più colpevoli tra questi delinquenti, come il complemento d'una pena pronunziata a causa di un reato, e che non può colpire se non quelli il cui delitto fu accompagnato dalle più gravi circostanze.

Può dunque dirsi che i semplici fatti di

mendicizia, comechè scompagnati da queste circostanze aggravanti, vadan soggetti a così rigorosi provvedimenti? Non vi ha dubbio alcuno che tutti i vagabondi vi sien soggetti; ma la sorveglianza è una misura speciale al vagabondaggio, un intimo rapporto l'accoppia strettamente a questo reato, essa siegue i passi vaganti di chi non ha niera un asilo, essa mette la difesa a fianco del pericolo, restringe quei diritti di cui il vagabondo ha abusato. La mendicizia, ove non sia accompagnata dalle circostanze che l'aggravano, può in certi casi appalesare una più grave immoralità, ma non esige le stesse precauzioni. Il mendicante ha un domicilio certo, esso può avere un mestiere o possedere mezzi di sussistenza. Il fatto per lui commesso può essere un atto isolato prodotto da una causa accidentale, e che non debba punto rinnovarsi. Or, questo fatto, così semplice, compreso nei termini dell'articolo 274, può mai giustificare le precauzioni della sorveglianza? Ove sarebbe il pericolo sociale che può solo legittimare tali provvedimenti? Ove gl'indizi della perversità dell'agente? Non può supporre che il legislatore non abbia tracciato una linea di demarcazione tra quei fatti; esso non potea senza trascendere la giustizia delle pene, applicare quei provvedimenti a tutti i fatti di mendicizia; alcuni di questi fatti costituiscono una infrazione materiale anzichè un delitto morale; per contrario gli altri costituiscono un reato assai grave; una distinzione nascea dalla cosa stessa, il legislatore dovea accoglierla, e ciò egli ha fatto. La sua decisione è consona alla natura delle cose, consona ai principi del diritto penale. Le pene da lui conminate si elevano gradatamente secondo la gravità dei fatti e la moralità dell'agente. Se questa gradazione non vi fosse, noi avremmo fatto voti che s'inserisse nella legge. Come dunque non sostenerla quando la vediamo formalmente espressa dal legislatore? come non sostenerla contro i dubbi del testo, il quale può oscurare, ma non nascondere il vero pensiero del legislatore? Noi speriamo fermamente che la giurisprudenza, la quale va ancor titubante per la nuova via in cui si è messa, ritrovi il principio sinora ripudiato, e rilevi la vera e giusta distinzione sinora sconosciuta.

CAPITOLO IV.

DELLA PUBBLICAZIONE O DISTRIBUZIONE DI SCRITTI, IMMAGINI O INCISIONI SENZA NOME DELL'AUTORE O STAMPATORE.

La legislazione penale sulla stampa non è mica compresa in quest'opera — Gli articoli 283 e seguenti, comunque accessoriamente risguardino questa legislazione, pure preveggono un reato distinto — Motivi e scopo di questi scritti — Cosa debbasi intendere con le parole PUBBLICAZIONE e DISTRIBUZIONE — Non si tratta che della pubblicazione di scritti stampati — La mancanza della indicazione dei nomi e domicilii degli autori e stampatori entra nei termini di questa legge — L'articolo 283 non può essere applicato ai distributori che sono ad un'ora tipografi e librai — Cosa debbasi intendere per una distribuzione fatta scientemente — Rapporti degli articoli 283 e 284 con le leggi dei 10 dicembre 1830 e 16 febbrajo 1834 su coloro che vanno vendendo libri per le strade — A quali persone può tuttora applicarsi l'articolo 284 — Abrogazione parziale di questo articolo — Casi in cui lo scritto stampato contenga delle provocazioni — In quali casi i distributori possono essere risguardati come complici — Della confiscazione degli esemplari, e dell'abrogazione dell'articolo 286 — Della distribuzione d'immagini contrarie al buon costume — Rapporti degli articoli 287 e 288 con le leggi posteriori, e modificazioni che hanno avute — Significato e limiti dell'articolo 289 relativo all'autore di scritti o immagini — Dei venditori di strada che esercitano il loro mestiere senza autorizzazione — Abrogazione dell'articolo 290 — Questo articolo fu di nuovo richiamato in vigore — Cenna della vigente legislazione nei suoi rapporti col principio di questo articolo — Comentario degli articoli 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289 e 290 Codice Penale. (art. 313, 314, 315, 316 e 317 LL. P.)

Non è nostro intendimento di esaminare in quest'opera le leggi penali sulla stampa. Queste leggi, nate dopo la promulgazione del nostro Codice, non costituiscono né anche una appendice a queste disposizioni; esse formano un corpo completo e speciale di legislazione distinta dal Codice ed indipendente da' suoi principi. Questa legislazione, sottomessa a regole particolari, ha uno scopo tutto a lei peculiare; dominata dalla natura dei fatti che punisce, e dalle circostanze politiche cui si rapporta, essa tende continuamente a sceverare le sue disposizioni dalle disposizioni comuni, a crearsi dei principi tutto suoi propri; da ultimo, i reati che essa prevede non

sono dettratti dalle leggi ordinarie, essi non erano compresi nelle disposizioni del Codice, ma sono nati da un nuovo ordinamento politico cui non avean potuto prevedere i compilatori del Codice.

Questa legislazione è dunque del tutto estranea al nostro disegno, la sua disamina ci avrebbe divagato dalla unità dell'opera, dappoichè ci avrebbe astretti a sviluppare teorie e principi diversi da quelli del Codice penale. Epperò, comechè vi sia un legame di connessione tra il reato commesso col fatto esterno della distribuzione degli scritti o immagini, ed il reato che risulta dal contenuto di questi scritti o immagini, noi, fedeli al disegno della

nostra opera, ci siam contenuti nei limiti del Codice, e nella sfera che è tracciata dal titolo di questo capitolo.

Gli articoli 283 a 290, primi germi di una legislazione che ebbe di poi sì grande sviluppo, non contengono di presente che dei testi mezzo abrogati; ciascuna delle leggi che si sono succedute in questa materia ha in essi portata una riforma; di mano in mano alterati nei loro testi, ed in parte anche abrogati, questi articoli hanno un' esistenza incerta ed un' autorità vacillante; non s'is in quali fatti possono essere tuttora invocati, ed ove abbiano cessato di aver vigore. In questo stato di cose prima nostra cura debb' essere quella di sviluppare lo scopo che i compilatori del Codice hanno voluto raggiungere con questi articoli, e di poi quale autorità abbiano essi di presente.

Lo scopo del legislatore è stato di rimontare all'autore degli scritti o immagini, per fargli sentire tutta la responsabilità; ma in questi articoli egli non si è briga to che dei mezzi onde giungere a questa scoperta. Sta detto nella esposizione dei motivi: « Senza ledere in nulla il diritto di emanare dei provvedimenti di altro ordine contro alcune opere che non possono circolare senza pericolo, ora non trattasi che di quella giusta responsabilità cui si tira seco la emissione di un' opera quando nuoce sia all'ordine pubblico sia a privati interessi. Ma sino ad ora non si sono da questo principio dedotte tutte le conseguenze che naturalmente ne derivano: la prima senza dubbio è che colui il quale stampa o fa stampare debbe farsi conoscere; ed invero cosa sarebbe della responsabilità in tutt' i casi che potrebbesi schivarla? In qualunque sistema governativo, che non degeneri in licenza, non può muoversi querela di questo dovere che si impone al cittadino; se l'opera è buona, questo dovere non porta nessuna pena, se poi è pericolosa o nociva, questo dovere diventa un utile freno. Epperò non può dubitarsi che la società abbia giusti e forti motivi per voler conoscere colui che è responsabile; se l'autore, timido o modesto, non abbia voluto manifestarsi, non vi è lo stesso motivo pel tipografo; l'alternativa che in ciò si concede, risponde a tutte le obiezioni che potrebbonsi fare nell'interesse delle lettere. Quel che precipinamente importa sì è che vi sia almeno una persona responsabile, che questa sia conosciuta, e che si possano così esercitare tutte le azioni reclamate

dall'ordine pubblico. Epperò, se torna utile che ogni opera letteraria porti il nome del suo autore o del tipografo, la legge è nel diritto d'imporre questo dovere, e per una giusta ed immediata conseguenza di questa prima disposizione, essa può proibire la distribuzione di qualunque opera non rivestita di questa formalità. Se dunque si espone in vendita un' opera senza nome di autore o di tipografo, il venditore può essere immediatamente arrestato, e per questa sola contravvenzione punito con pene correzionali. »

Queste parole spiegano chiaramente la idea del legislatore del 1810. Ciò che eccitava la sua sollecitudine erano gli scritti anonimi: dappoiché in quel tempo, in questa sola specie di scritti potea liberamente effondersi il pensiero; vuole adunque ad ogni costo squarciare il velo di questa anonimia; se non giunge a scoprire l'autore, vuole almeno trovare una persona che ne sia responsabile; se si rivolge al distributore, il quale è un semplice strumento materiale, lo fa perchè questi si scovre più facilmente, perchè col mezzo del distributore si può giungere a scoprire il tipografo, ed anche lo stesso autore. Non trattasi dunque di punire i reati contenuti negli scritti o immagini, ma di prevenirli, esigendo che non si producano che sotto la responsabilità di un cittadino. La legge chiede una garanzia contro questa distribuzione; se essa è criminosa, la legge vuole che sia punito il suo autore; in difetto di questo ultimo, è sottoposto alla stessa garanzia il distributore. Ecco il sistema del Codice.

Nel reato di distribuzione vanno compresi così gli scritti come le immagini. I primi vanno preveduti dall' articolo 283 così conceputo: « Qualunque pubblicazione o distribuzione di opere, scritti, avvisi, bollettini, affissi, giornali, fogli periodici o altre stampe, ove non sia indicato il vero nome, professione, e domicilio dell' autore o del tipografo, sarà per questo solo fatto punita con una prigionia di sei giorni a sei mesi, in persona di chiunque abbia scientemente contribuito alla pubblicazione o distribuzione. »

La legge non definisce nè la *pubblicazione* nè la *distribuzione*. La pubblicazione si costituisce col fatto della distribuzione, ma uopo è distinguere: la prima può essere costituita con un solo fatto di distribuzione, non così la seconda; questa suppone necessariamente spedizione di molti esemplari; col co-

municare una stampa ad un solo individuo non si cade nel reato di distribuzione; questa suppone il disegno di spandere l'opera; è questa intenzione quella che costituisce la moralità del reato.

Le espressioni, *opere, scritti, avvisi, bullettini, affissi, giornali, fogli periodici, o altre stampe*, sono adoperate cumulativamente per abbracciare ogni specie di scritto stampato. Ciò risulta ad evidenza tanto dalle parole: *o altre stampe* che danno questo carattere alle opere precedentemente specificate, quanto dal testo degli articoli 284, 285 e 290 i quali, comechè si rapportino all'articolo 283, comprendono tutte le opere da esso indicate con la espressione *scritti stampati*. Perciò, trattandosi di uno scritto non stampato, il solo fatto della distribuzione o pubblicazione di questo scritto non può costituire alcun reato; la responsabilità del distributore non potrebbe aver vita che quando l'opera contenesse un reato (1): allora bisognerebbe provare che il distributore avesse avuto scienza di questo contenuto, che avesse agito scientemente per potersi risguardare come complice.

Ma ai termini dell'articolo 283 la pubblicazione o la distribuzione di uno scritto stampato non costituisce reato se non quando manca della vera indicazione del nome, professione e domicilio dell'autore o del tipografo, è questa la circostanza principale, il fatto materiale del delitto. Egli pare risultar dalla legge che questo reato non ha vita se non quando la detta indicazione si trovi falsa, ma noi crediamo che vi sarebbe delitto anche quando vi mancasse qualunque indicazione. Dappoichè, come ha osservato il sig. di Chasson, quando la legge richiede una indicazione vera, essa ne richiede una. Un'altra osservazione si applica al nome e domicilio del tipografo: qualunque distributore, il quale non fosse nè tipografo nè libraio, non va soggetto ad azione penale se invece della indicazione del tipografo vi sia quella dell'autore: la legge non esige che l'una o l'altra di queste indicazioni. Tale disposizione, rispetto a tipografi ed a librai, è stata modificata dagli articoli 17 e 18 della legge francese del 21 ottobre 1814: questi articoli fanno un rigoroso divieto di non stampare nè vendere

alcun'opera ove non sieno indicati il nome e il domicilio del tipografo. Sicchè il distributore, che avesse la qualità di tipografo o di libraio, non potrebbe scusarsi con dire che l'opera portasse la indicazione dell'autore, egli resterebbe soggetto alle pene comminate dalla legge del 21 ottobre 1814. Epperò, rispetto a distributori, che sono in pari tempo librai o tipografi, l'articolo 283 si trova modificato da queste disposizioni; ma questa abrogazione tiene al caso che non ci sia veruna indicazione se l'opera porta una indicazione, ma questa sia falsa, l'articolo 283 ripiglia il suo impero, ed il reato rientra nelle sue disposizioni.

Ultimo requisito del reato si è che l'agente abbia *scientemente* contribuito alla pubblicazione o distribuzione degli scritti suddetti. Questa parola non importa che il distributore debba conoscere il contenuto dello scritto, ma soltanto che egli sappia non esservi in questo scritto designazione alcuna nè dell'autore nè del tipografo, o essere questa designazione falsa. Epperò, non vi è pena per lui quando l'opera porti una indicazione ed egli abbia potuto crederla vera. Questo avviso fu riconosciuto nella discussione del Codice; la parola *scientemente* non era nel progetto, la Commissione del corpo legislativo propose di aggiungerla: come può avvenire, diceva il suo rapporto, che un individuo contribuisca alla distribuzione di uno scritto ove non sia la vera indicazione dei nomi dell'autore o del tipografo, e che egli ciò non pertanto sia ignaro della falsità della indicazione, così sarebbe di giustizia inserire la parola *scientemente*. Questo emendamento fu adottato dal Consiglio di Stato.

Questi svariati requisiti del delitto sono modificati ed il delitto stesso veste il carattere di semplice contravvenzione nei tre casi enumerati dall'articolo 284 così conceputo: « Questa disposizione sarà ridotta a pene di semplice polizia a riguardo di quelli che proclamano, affiggono, vendano o distribuiscano lo scritto stampato se avranno fatto conoscere la persona da cui lo tengono;

2 a riguardo di chiunque abbia fatto conoscere lo stampatore;

3 a riguardo dello stampatore che abbia fatto conoscere l'autore. »

Il beneficio dei due primi paragrafi di questo articolo non può esser più invocato dai distributori che abbiano la qualità di librai,

(1) Vedi la legge Belgica su la stampa del 30 luglio 1831, art. 1.

dappoichè l'articolo 19 della legge dei 21 ottobre 1814, il quale punisce con un'amenda di 2,000 franchi qualunque libraio convinto di aver distribuito un'opera senza il nome dello stampatore, aggiunge: « L'amenda sarà ridotta a 1,000 franchi se il libraio facesse conoscere il nome del tipografo, non potrebbe per questa sua dichiarazione reclamare altro favore che la riduzione dell'amenda. Rispetto al terzo paragrafo dell'art. 280, relativo al tipografo possiamo dire che la sua abrogazione s'è evidente. Di fatti, giusta gli articoli 15 e 16 della legge francese dei 21 ottobre 1814, il tipografo cade in delitto per la sola omissione di non aver indicato nello scritto stampato dai suoi tipi, il suo nome ed il suo domicilio; caduto in questa contravvenzione, egli non può attingere un motivo di scusa, nè la posteriore indicazione sarebbe sufficiente a giustificarlo. In questo senso furono risolte queste due questioni dal signor Parant (1). Da ciò ne conseguiva che l'articolo 284, abrogato nel suo ultimo paragrafo, e modificato nei due primi in riguardo ai librai, non è rimasto in vigore che rispetto ai distributori i quali non sieno nè librai nè tipografi.

Puossi forse dire che l'autorità di questi articoli, mantenuta rispetto a simili distributori, sia stata di nuovo modificata dalle leggi dei 10 dicembre 1830 e 16 febbraio 1832 le quali sono di regolamento per la professione di coloro che vendono per le vie ed affiggono libri stampati? No certamente. Queste leggi hanno sottomesso a novelle formalità questa tale professione: l'articolo 284, del pari che l'art. 283, di cui esso è il supplemento, non ebbe un solo scopo, quello di proscrivere la distribuzione degli scritti anonimi. Epperò le infrazioni prevedute da queste differenti disposizioni sono fra loro distinte e non possono confondersi; perchè il distributore sia soggetto alla legge dei 16 febbraio 1834 è sufficiente che manchi della delitta autorizzazione; ma, comunque sia egli legalmente autorizzato al suo mestiere, va sempre soggetto agli articoli 283 e 284 se la stampa che egli distribuisce non porti il nome nè dell'autore nè del tipografo; è questa una contravvenzione speciale che non fu abrogata dalle leggi posteriori.

L'articolo 284 incoraggia e premia la denunzia. I motivi di questa disposizione sono dedotti nella disposizione del Codice. « Così sono per lo più, diceva il signor Berlier, i venditori di simili scritti? sono della povera gente che trovano a guadagnare in questo facile mestiere due o tre franchi al giorno, sono degli istrumenti che conviene allontanare ed anche punire, ma con discretezza; colui che debbesi pigliare in mira è il tipografo, se questi è scoperto l'autore; così da anello in anello si raggiungerà lo scopo dirigendo le pratiche della giustizia non solamente dietro le circostanze speciali di ciascun affare, ma ancora dietro i principi che hanno per base l'interesse sociale. » Lo stesso oratore avea anche proposto di fare, in questi casi, immuni da ogni pena i distributori. « Uopo è, diceva egli, ben fissare lo scopo politico; ciò che interessa la giustizia si è che le sia rivelato l'autore dello scritto: forse sarebbe meglio fare immune da ogni pena questa specie di ciechi istrumenti i quali spariano e distribuiscono ciò di che non hanno conoscenza, quando essi rivelano la persona che debb'esser fatta segno del rigor delle leggi. » Il signor de Segur surse ad oppugnare questa opinione, rilevando che la rivelazione del nome dell'autore non cancellava la contravvenzione risultata dal fatto della distribuzione; che potevasi attenuar la pena, ma una pena era sempre necessaria.

Lo stesso sistema è sviluppato con maggior forza nell'art. 285, il quale non si arresta al fatto materiale della distribuzione, ma aggrava sul distributore la reità onde è viziato lo scritto; questo articolo è così conceputo: « Se lo scritto stampato contenga provocazione a delitti o misfatti, coloro che proclamano, affiggono, vendono o distribuiscono tale scritto saranno puniti come complici dei provocatori, tranne quando avessero fatto conoscere le persone onde hanno avuto lo scritto provocatore. In caso di tale rivelazione essi non incorreranno che una prigionia di sei giorni a tre mesi, e la pena della complicità non è applicata che a coloro i quali non hanno fatto conoscere le persone da cui hanno avuto lo scritto stampato, e allo stampatore se egli sia conosciuto.

Questo articolo si divide in due parti, esso enuncia due principi distinti. Il primo di questi principi, il quale dichiara il distributore complice dell'autore dello scritto, non è

(1) Legge della stampa, p. 35 e 37.

del solo nostro dritto moderno. La legge romana, comminando delle pene contro i libelli famosi, aggiungeva rispetto ai distributori: *eadem poena tenetur et qui emendum vendendum curaverit* (1); e tutti i dottori tenevano questa assimilazione come regola costante. La nostra antica legislazione l'avea anche adottata: l'ordinanza del 17 gennaio 1561, articolo 13; le lettere patenti del 10 settembre 1563; l'articolo 77 dell'ordinanza di Moulins, da ultimo gli editti dei 16 aprile 1571, settembre 1577, art. 14, gennaio 1629, articolo 179 ed il regolamento del 28 febbraio 1723 art. 99, confondevano nella stessa pena gli autori, gli stampatori, venditori e distributori. « Non solamente gli autori e compositori di questi libelli, diceva Jousse, sono colpevoli del reato, ma ancora quelli che lo pubblicano, stampano, affiggono ed espongono in vendita.

L'articolo 285 non applica questo principio che con una certa restrizione: nella specie da esso preveduta non trattasi che di distributori di libelli i quali non portano i nomi nè dell'autore nè dello stampatore. Di fatti, rispetto al carattere dello *scritto stampato* esso si rapporta agli articoli che lo precedono: esso punisce una specie più grave, ma derivata dalla stessa ipotesi. L'art. 1 della legge del 17 maggio 1819 ha di poi stabilito la stessa regola in termini più espliciti e più estesi, dichiarando complice chiunque per scritti, stampe, disegni, immagini vendute o distribuite, messe in vendita o esposte, abbia provocato qualcuno, a commettere un'azione qualificata reato.

Puossi forse dire che questa legge posteriore abbia abrogato il primo paragrafo dell'articolo 285? Forse potrebbero invece sostenere che essa l'abbia confermato, giacchè non fa altro che esprimere con maggior forza la stessa disposizione. Ma tale controversia non è di alcun interesse.

Per contrario, il secondo paragrafo dello stesso articolo contiene una disposizione speciale che la legge dei 17 marzo 1819 non ha mica riprodotta: il distributore non è risguardato come complice se non quando non abbia rivelato la persona onde tiene lo scritto stampato *quia cum auctorem non prodat ipse auctor praesumitur* (2). Qui dunque la rivela-

zione di questo primo agente diventa un motivo di scusa pel distributore: più innanzi si è da noi cennato l'interesse politico che ha dettata questa disposizione. Evidente cosa è che essa debba esser tuttora applicata, e che nei casi preveduti dal Codice penale il distributore debba godere del beneficio dovuto alla sua rivelazione.

Nulladimeno, non dovrebbe vedersi nell'articolo 281 una rigorosa alternativa tra la complicità del distributore e la scusa che gli può venire dalla denuncia. L'aver ommesso di denunciare la persona, onde ebbe lo scritto provocatore, non può essere prova sufficiente a farlo tenere come complice; questa complicità in questo caso non sarebbe che una presunzione, la quale non fa che mettere in uno stato di prevenzione. La complicità suppone necessariamente che abbiassi avuto scienza della provocazione e disegno a propagarla; perchè dunque il distributore sia responsabile del contenuto dello scritto non basta che egli l'abbia propagato *scientemente*.

Lo stesso articolo dà luogo ad un'ultima osservazione: l'ultimo comma di esso fa salve contro il tipografo, ove sia conosciuto, le pene della complicità. Or, debbesi ricordare che altermini dell'articolo 24 della legge dei 17 Maggio 1819, il tipografo, se l'autore è conosciuto e chiamato in giudizio, non può esser perseguitato come complice se non quando abbia agito scientemente. In conseguenza l'articolo 285 non può aver vigore che per i casi nei quali l'azione penale è diretta contro uno scritto anonimo: è questa la sola ipotesi che il Codice Penale intese di prevedere.

Ai tre articoli finora disaminati l'articolo 286, con una disposizione generale, aggiunge un'altra pena, in questi termini: « In tutti i sopraddeittasi tutti g'i esemplari sorpresi saranno confiscati. » Questa disposizione ha dato vita a molte difficoltà. Il Sig. Parant si è avvisato che questa disposizione fosse stata abrogata per i tipografi e librai, dalla legge dei 21 ottobre 1814, la quale nei diversi casi per essa contemplati non commina che il sequestro degli esemplari da restituirsi dopo la soddisfazione dell'ammenda. Il Sig. di Chassan, per combattere questa opinione, si è limitato a far osservare che l'articolo 18 della legge dei 21 ottobre 1814 e l'articolo 236 del Codice Penale avean preveduto due contravvenzioni distinte; in quella riguardava il difetto di qualsiasi indicazione; in questa la falsa indicazio-

(1) Leg. 5, n. 10, Dig. de injuriis et famosis libellis.

(2) Perizius, Praelectiones, t. 1, p. 208.

ne del tipografo; conchiudeva che le due disposizioni non eran fra loro contraddittorie, perchè si applicavano ad ipotesi diverse (1). Pare che questa risposta non sia soddisfacente, dappoichè, a nostro avviso, la falsa indicazione equivale a difetto di qualsiasi indicazione, e quindi queste due contravvenzioni si confondono in una sola. Ma noi aggiungiamo che la differenza delle due ipotesi sta in ciò che nel sistema della legge del 1814 si tratta di produzioni intellettuali in generale, mentre che nel Codice si parla delle sole produzioni clandestine. « Nella combinazione di questi provvedimenti, porta la esposizione dei motivi, nulla ci ha che sia diretto contro il saggio uso delle lettere, ma solamente contro le produzioni clandestine. » In questa differenza di fatti uopo è cercare la differenza delle disposizioni, e la ragione della loro coesistenza simultanea.

Il Sig. de Chassan. doro aver combattuta la opinione del Sig. de Parant, pretende a sua volta che l'articolo 286 non debba esser più applicato, non perchè sia stato abrogato dalla legge dei 21 ottobre 1814, ma perchè sarebbe contrario alla Carta la quale abolisce la confiscazione. Noi non possiamo divider questa opinione. Qui non trattasi della confiscazione personale abolita dalla Carta, ma della confiscazione speciale dell'istrumento del reato. L'oratore del corpo legislativo ha sviluppato lo spirito di tale provvedimento in questi termini: « In tutti i casi, ha egli detto, gli esemplari saranno sorpresi e confiscati. Non solamente gli scritti possono intorbidare la pubblica pace, ma la esposizione e la distribuzione delle figure ed immagini contrarie ai buoni costumi posson produrre gli stessi effetti, e la legge, in proscrivere, debbe punire i contravventori. Questa confiscazione speciale mira principalmente a distruggere il corpo del delitto, ed è piuttosto una precauzione che un aggravamento di pena. » Con lo stesso disegno e le stesse mire l'articolo 26 della legge dei 25 maggio 1819 ha prescritto la distruzione degli esemplari sorpresi.

Le disposizioni per noi disaminate sono presso a poco riprodotte negli articoli 287 e 288, cangiandosi solamente l'obbietto della loro applicazione; con essi la legge contempla non più le opere, gli scritti, i giornali clandestini, ma le canzoni, i fogli volanti, i

disegni, le immagini contrarie ai buoni costumi. Questi articoli sono così concepiti: « Articolo 287. Qualunque esposizione o distribuzione di canzoni, libelli, pitture o immagini, contrarie ai buoni costumi, sarà punita con una ammenda di 16 a 500 franchi, con una prigionia di un mese ad un anno, e con la confiscazione della forma e degli esemplari disegnati o stampati, delle canzoni, immagini o altri obbietti del reato. Articolo 288. La pena di prigionia e l'ammenda, pronunciate dall'articolo precedente, saranno ridotte a pene di semplice polizia: 1° pei banditori, venditori o distributori dell'oggetto del delitto, se hanno fatto conoscere la persona onde l'ebbero. 2. Per chiunque altro abbia fatto conoscere lo stampatore o incisore. 3. Per lo stesso stampatore o incisore il quale abbia fatto conoscere l'autore o la persona onde abbia avuto l'incarico di stampare o incidere. »

Questi due articoli andarono soggetti a diverso fato. L'articolo 287 si trova implicitamente abrogato dall'articolo 8 della legge dei 17 maggio 1819; di fatti, questo ultimo articolo punisce con una prigionia di un mese ad un anno, e con un'ammenda di 16 a 500 franchi qualunque oltraggio fatto alla morale pubblica e religiosa, o ai buoni costumi, con uno dei mezzi enunciati nell'articolo 1. Or, questo articolo 1. della legge dei 17 maggio comprende nella sua nomenclatura i mezzi di pubblicazione enunciati nell'articolo 287. Da ciò ne conseguita che quest'ultima disposizione siesi confusa nell'articolo 8 della legge dei 17 maggio, quindi non può esser più invocata separatamente. Quest'abrogazione però non si è estesa all'articolo 288, quindi debbe continuare ad aver vigore il beneficio conceduto da questo articolo alle persone in esso designate, giacchè queste non furono contemplate da nessuna legge posteriore. Non di meno, uopo è osservare primamente che la rivelazione fatta dai banditori, venditori o distributori non li garantisce che dalla pena principale del reato, e non già dalla contravvenzione in cui fossero incorsi proclamando o distribuendo lo scritto o l'immagine senza essere autorizzati (leg. del 16 febbraio 1834, ed art. 20 leg. dei 9 settembre 1835); inoltre, che il secondo paragrafo dell'articolo non può essere applicato se non quando lo stampatore o l'incisore sia ignoto; da ultimo, che il terzo paragrafo dello stesso articolo non potrebbe essere applicato al tipografo il

(1) Leg. sulla stampa, pag. 55.

quale avesse rivelato l'autore o la persona onde si richiese la stampa, se non quando avesse egli da per sé esposto o distribuito gli scritti contrari a' buoni costumi, o li avesse stampati con la scienza del loro contenuto e della pubblicità cui erano destinati: questa restrizione è la conseguenza dell'articolo 24 della legge dei 17 maggio 1819.

In tutte le discorse disposizioni si è visto che la legge, perseguitando la distribuzione degli scritti anonimi, ha sempre avuto in mira di rimontare all'autore: allorché costui è scoperto, contro di lui gravitano le pene più severe. L'articolo 289 porta: « In tutti i casi espressi nella presente sezione, conoscendosi l'autore, andrà egli soggetto al massimo delle pene comminate contro la specie del reato. » Il signor Parant ha disaminata la questione: se questo articolo sia ancor in vigore e se possa esser invocato contro l'autore, ed egli decide che la sua: abrogazione implicita e formale risulta necessariamente dalle disposizioni della legge dei 17 maggio 1819 (1). Questi capini ne è seguita dal s. g. di Chassan (2). A noi pare che sia in ciò necessaria una distinzione. Abbiamo veduto che tra gli articoli contenuti in questo capitolo, alcuni sono tuttora in vigore, ad altri furono sostituite disposizioni posteriori. Or, non può esservi dubbio che l'articolo 289 abbia cessato di reggere queste disposizioni novelle, dappoiché, siccome esso non si estende che *ai casi compresi nella presente sezione*, il suo impero è circoscritto nei limiti del Codice. Le leggi posteriori presentano un completo sistema di penalità, questo sistema è indipendente da quello del Codice, e non potrebbesi ammettere che, nell'applicazione, si dovesse attingere un motivo di aggravamento in una disposizione del Codice la quale appartiene ad un altro ordine di penalità. Così nei casi in cui agli articoli del Codice fu sostituita la legge dei 17 maggio 1819, e segnatamente nei casi preveduti dal primo paragrafo dell'articolo 285, e dell'art. 287, non abbiamo difficoltà a credere che l'art. 289 sia stato implicitamente abrogato; ma non potremmo ammettere questa abrogazione nei casi in cui fossero tuttora in vigore le disposizioni del Codice alle quali si rapporta l'articolo 289. Per qual motivo, a

ragion di esempio, dovrebbe credersi aver avuto luogo questa abrogazione in ciò che riguarda l'art. 283? L'art. 289 è il complemento necessario di questo articolo. Di fatti non debbe perdersi di veduta che lo scopo del Codice è stato solamente quello di punire la distribuzione clandestina degli scritti anonimi; per questo scopo esso ha successivamente comminate delle pene contro i distributori e i tipografi stessi; per questo scopo va ad essi largita una scusa quando rivelano il nome dell'autore. La conseguenza della teoria del Codice era di applicare a quest'ultimo, ove fosse conosciuto, il massimo della pena; or se questa teoria è stata modificata dalle leggi posteriori, le quali possono abrogare una parte delle disposizioni da esse rivedute, non ha però cessato di aver vigore in quelle che sono tuttora vigenti. Così ove si tratti della semplice distribuzione di uno scritto senza nome nè di autore nè di tipografo, e venga scoperto l'autore che ha scientemente preso parte a questa distribuzione, esso debbe necessariamente incorrere il massimo della pena prescritta dall'articolo 283, nè altra mitigazione può avere che quella permessa dall'articolo 463. Non vi ha disposizione legislativa che si opponga a questo aggravamento di pena, e quest'applicazione parziale dell'articolo 289 fu giustificata dal legislatore quando esso, nella discussione della legge dei 17 maggio 1819, proclamava che questa legge *non derogava punto alla sezione 6, tit. 1, lib. 3 del Codice Penale*. Di fatti, le disposizioni di questa sezione rimasero sempre in vigore, ma circoscritte nei limiti del Codice, e nei casi da esso preveduti; tale era il pensiero che allora volevasi mantenere in vigore.

Ci rimane discorrere una disposizione speciale, indipendente da tutte quelle che precedono, con le quali non ha altri rapporti che la qualificazione del reato. Di fatti, la trattavasi della distribuzione di scritti riprovevoli e non segnati col nome dell'autore o del tipografo; trattasi ora della distribuzione di qualunque scritto, benché innocente e rivestito di tutte le formalità prescritte dalla legge; il delitto non sta più nel fatto della distribuzione, ma nella mancanza dell'autorizzazione necessaria al distributore. L'articolo 290, che serva di sanzione alla legge dei 5 nevoso anno V sui pubblici banditori, era così concepito: « Ogni individuo che senza essere autorizzato dalla polizia faccia il mestiere

(1) Leg. sulla stampa, p. 78.

(2) Trattato delle contravvenzioni e de' delitti sulla stampa, p. 294.

di bandire o affiggere scritti stampati, disegni o immagini, comunque segnati col nome dell'autore, del tipografo, disegnatore o incisore, sarà punito con una prigionia di sei giorni a due mesi. L'articolo 9 della legge francese del 10 dicembre 1830 ha formalmente abrogata questa disposizione. Dopo questa legge i venditori o distributori potevano liberamente esercitare la loro professione per le pubbliche vie dopo di aver fatta la debita dichiarazione innanzi l'autorità municipale, e lasciato ad essa un esemplare dello scritto distribuito. Queste garanzie parvero insufficienti al legislatore, ed all'articolo 2 della legge del 10 dicembre 1830 è stata sostituita la legge del 16 febbraio 1834 che ha con qualche modificazione riprodotto l'articolo 290. Di fatti, questa legge non punisce solamente, come faceva l'articolo 290, ogni individuo *che facesse il mestiere di banditore*, ma anche l'esercizio provvisorio di questa professione: in secondo luogo per essa l'autorità che concede l'auto-

rizzazione ha il diritto di revocarla; da ultimo essa non si applica solamente ai banditori, ma anche ai venditori e distributori. Aggiungiamo inoltre che il solo articolo 2 della legge del 10 dicembre 1830 fu abrogato dalla legge del 16 febbraio 1834, e che hanno continuato ad aver vigore le altre disposizioni di questa prima legge relativa ai banditori.

Tali sono le principali differenze che separano la nuova legge dall'articolo abrogato del Codice penale; noi non possiamo qui impiegarci nello sviluppo del suo sistema; dappoiché comunque la nuova disposizione abbia in parte riprodotto l'articolo 290, pure non puossi dire che la legge vigente sia ora quell'articolo, ma sibbene la disposizione novella. Epperò siccome questa disposizione appartiene alla legislazione speciale sulla stampa, così noi, fedeli al disegno della nostra opera, non possiamo farci a sviluppare le sue regole.

CAPITOLO V.

DELLE ASSOCIAZIONI ILLECITE

Delle associazioni in generale e del diritto d'associazione — Carattere e legittimità della imputazione fatta dal Codice — Disposizioni delle leggi straniere su tal subietto — Combinazione degli articoli del Codice con la legge del 10 aprile 1854 — Definizione e caratteri di un'associazione illecita — Distinzione tra le associazioni e le riunioni — Numero degli associati — Divisione dell'associazione — Riunioni in giorni determinati — Quali associazioni sono comprese nei termini del Codice — Società politiche — Società letterarie e scientifiche — Società Commerciali — Società religiose — Le associazioni formate per l'esercizio di un culto vanno forse sotto l'impero del Codice Penale? Del diritto che ha il governo di disciogliere le Società — Penalità — Modificazioni introdotte nelle disposizioni repressive del Codice — Dei provocamenti criminosi fatti in seno delle associazioni — Infrazione del proprietario di una casa che ha prestato l'uso di essa alle associazioni — Cessa forse questa responsabilità se gli associati avessero dichiarato che la loro era un'associazione autorizzata, o se il proprietario della casa avesse rivelato l'associazione all'autorità municipale? — Riunioni ed esistenza delle associazioni — Condizioni necessarie per l'applicazione della pena — Questa pena può esser minorata in caso di circostanze attenuanti — Considerazioni generali sulla legislazione relativa alle associazioni — Comento degli articoli 291, 292, 293 e 294 Codice Penale. (Art. 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311 e 312 LL. P.)

Questo capitolo mette fine alla lunga serie dei reati contro la pace pubblica, non che a quella classe speciale di atti, ultimo anello di questa serie, i quali sono apposti a delitto piuttosto a causa del danno che possono produrre che per quello cui in realtà producono. L'associazione dei malfattori, il vagabondaggio, la distribuzione di scritti clandestini, da ultimo le associazioni non autorizzate, hanno in fatti un carattere comune, che è quello di mettere in inquietudine la società per i pericoli che le minacciano, anziché per la loro intrinseca immoralità, e per il loro pericolo presente, e di potersi a più buon diritto noverare fra gli atti preparatori, anziché fra i reati consumati.

Questo carattere si appalesa particolarmente nel fatto di un'associazione illecita. In vero, la legge penale non punisce solamente, come faceva l'antico diritto, le adunanze tenute con

criminosi disegni, ma tutte le riunioni anche le più innocue quando i loro membri sono legati da un patto comune, e trascendono un certo numero. La legge non si dà la briga d'investigare la moralità dell'associazione; essa per applicar la pena si limita a provare l'atto materiale delle riunioni dell'associazione non autorizzata. Questa infrazione differisce dunque sotto certi rapporti dalle altre prevedute dal Codice. In alcuni casi il vagabondaggio, la mendicizia disvelano una qualche immoralità; la pena che li colpisce è giustificata dallo stato attuale dell'imputato, indipendentemente dal pericolo futuro che minacciano. Per contrario l'associazione è colpita dalla legge anche quando la sua composizione e la legittimità del suo scopo offrono le più sicure garanzie all'ordine sociale.

Queste osservazioni ci menano a disamina-

re la legittimità della imputazione in se stessa. In tesi generale la libertà d'associazione è un diritto naturale. Isolato, l'uomo vacilla sotto il peso dell'impotenza, la sua debolezza si rivela ad ogni passo; qualunque sia lo scopo che egli si proponga o la carriera che egli percorra, sia che egli coltivi le arti o l'economia politica, l'industria o le scienze, solo mercé l'unione delle forze e dei lumi egli giunge a superare le opposizioni, a domare gli ostacoli, a mettere in atto il suo pensiero. I tempi d'incivilimento sono quelli in cui questa facoltà di associazione si sviluppa con maggiore energia; essa è la gran leva in cui l'antica società si appoggia per districarsi dalle sue fasce e lanciarsi ad un volo più elevato. Se dee mettersi fede nel progresso, l'è solamente confidando nella forza di un'associazione più stretta fra i membri della città. L'associazione è l'elemento della prosperità e della vita stessa dell'uomo; è il punto di partenza e l'avvenire della società.

Ma l'esercizio anche del più legittimo diritto, abbandonato senza regolamenti tra le mani dell'uomo, può ben tosto ingenerare degli abusi. Fu perciò che la legge ha circoscritto entro certi limiti ciascuna delle nostre libertà. Non v'ha dubbio che le umane passioni possono togliersi in mano la leva potente dell'associazione, adoperarla contro la società, e mercé gli energici sforzi di essa raddoppiare i pericoli della loro opera distruttiva. La legge adempie una missione egualmente sacra nel proclamare il diritto che nel punire i suoi abusi. Essa può dunque punire le associazioni immorali o pericolose, può proibirle e castigare coloro che contravvengono a questo divieto; questo potere deriva dallo stesso principio del diritto di punire.

La legge Romana metteva l'associazione tra i misfatti di lesa-maestà, quante volte fosse diretta contro la repubblica, *quo coetus conventusque fiat homines ad seditionem convectur* (1); ma quando le associazioni non avevano mire criminose erano immuni d'ogni pena: *conventicula non est puniendi nisi fiat in damnum et injuriam alterius* (2). Pare si presumeva criminosa lo scopo quando i componenti l'associazione fossero in grosso numero, fossero muniti di armi, o si adunassero nelle pubbliche vie (3).

Lo stesso principio dominava la nostra antica legislazione. Si addimandano adunanze illecite, dice Mnyart de Vouglans, quelle che si tengono con mire criminose in un certo numero, Jousse conferma questa dottrina: Le pene non debbono applicarsi che alle adunanze illecite formate con ro il Principe o contro la pace e la tranquillità dello stato. Ma se l'adunanza si tiene senza disegno di nuocere a chicchessia, non merita pena (4). Di fatti, le antiche ordinanze non proibivano che le riunioni fatte pubblicamente e senza armi, e se la proibizione era assoluta per quelle che si formavano sotto il pretesto di religione, ciò avveniva da che queste in quei tempi erano vere società politiche più pericolose di tutte le altre.

Questo principio repressivo non fu sufficiente per la moderna legislazione. Nei testi del nostro Codice la questione si presenta sotto un altro aspetto; qui non trattasi più di quelle associazioni che si formavano con uno scopo determinato e criminoso, ma invece di qualunque associazione in cui vi concorrono i segni esterni definiti dalla legge, indipendentemente dalle loro mire e dal loro scopo. Il Codice non si limita a vegliarle e punirle quando presentano il pericolo e la minaccia, esso lo previene, anzi sopprime la causa stessa di questo pericolo; esso assoggetta la formazione delle società a certe condizioni innanzi di esaminare se possa da loro venire pericolo alcuno.

Ridotta a questi termini la questione della legittimità delle pene, diventa assai delicata, non pertanto noi esporremo il nostro avviso francamente e senza ambagi. Se vuolsi elevar l'associazione a reato morale pel solo motivo che siasi formata senza permesso, sarà questa una imputazione non giustificata dallo stesso principio del diritto di punizione; dappoi hè, un'associazione per se stessa innocua, un'associazione che non mira ad alcuno scopo, ad alcuna azione immorale, non può costituire un fatto in sè immorale nè esser causa di alcun allarme. Questo allarme non può dunque nascere che dalla possibilità di vedere l'associazione uscire dal retto sentiero, dai pericoli di una riunione troppo numerosa, dal moto che danno queste riunioni e dalla forza che possono dare alle passioni. Epperò non trattasi di punire un delitto, ma prendere delle precauzioni per prevenire in certi casi la possibilità

(1) Leg. 1, § 1, Dig. ad leg. Juliam majest. l. leg. 3, Dig. ad leg. Jul. de vi publ.

(2) Farinac. o, quest. 113, n. 127.

(3) L. 2 Dig. de collegiis illicitis.

(4) Trattato della giustizia criminale.

tà di un pericolo, di applicare delle misure di polizia nell'interesse della società politica. Queste misure non suppongono che il fatto sia immorale, ma che possa dar causa a delle inconvenienze, non lo colpiscono come infrazione morale, ma come infrazione materiale. Ridotta a tale, la imputazione comincia ad esser legittima solo quando è dettata dalla necessità delle cose, diventa allora non questione di principi e di libertà, ma di tempi e circostanze; poi, è le leggi di polizia, flessibili di loro natura, s'informano dei bisogni dei tempi, mentre che il reato morale, poggiando sulla coscienza, è come essa immutabile. Fissando la questione a questo punto di veduta il sig. Guizot, nella discussione della legge del 10 aprile 1834, ha potuto dire: « lo ho detto che l'art. 291 non avrebbe figurato per sempre nelle leggi di un popolo libero. e perchè non ripeterlo anche oggi? Ho fede che verrà un giorno in cui la Francia potrà vedere l'abolizione di questo articolo come un nuovo sviluppo della sua libertà. Ma finchè non spunta l'alba di questo giorno è della prudenza della Camera e di tutti i pubblici poteri serbare in vita questo articolo: anzi uopo è modificarlo secondo i bisogni dei tempi, perchè sia esso efficace contro le pericolose associazioni d'oggi (1). » Aggiungiamo però da ora che noi intendiamo parlare solamente delle associazioni che possono avere uno scopo politico; torneremo ad applicare questo principio alle associazioni religiose.

Però la dottrina del Codice Penale è sostenuta da molte legislazioni. Non pochi atti del parlamento Inglese, negli anni 1799 e 1817, hanno apportato notevoli restrizioni al diritto d'associazione e di riunione; ogni società i cui membri sien legati da giuramento, o che si suddividano in altre società affiliate è dichiarata illecita. La legge Brasiliana del parlamento a reato qualunque riunione di più di 10 persone che si facesse a giorni fissi e determinati, i di cui membri fossero obbligati a serbare segreto lo scopo (art. 282). Il Codice generale di Austria reputa segrete una associazione non autorizzata, e punisce qualunque incorporamento a queste tali società, indipendentemente dal loro scopo e dal loro disegno. Queste disposizioni furono quasi ri-

prodotte nella maggior parte delle legislazioni Italiane.

La legislazione intermedia che ha preceduto il Codice, dopo alquanto vicissitudini su tal subietto, si era finalmente a poco a poco ridotta a questi stessi principi. L'assemblea costituente avea da prima dichiarato che i cittadini hanno il diritto di riunirsi pacificamente, e formare tra loro delle società libere (2), e la costituzione del 1791 garantiva questa libertà come un dovere naturale e civile (3). Non di meno non andò guari che dall'esercizio di questo diritto nacquero delle inquietudini. « In un paese libero, porta il preambolo di un decreto posteriore, quando una costituzione fondata su i diritti dell'uomo ha creata una patria, un tenero e profondo sentimento unisce alla cosa pubblica tutti gli abitanti dell'impero: l'azione e la parola diventa allora un bisogno; in luogo di estinguere o comprimere questo sacro fuoco, è dovere di tutte le istituzioni sociali cooperarsi ad alimentarlo. Ma a fianco di questo interesse generale stanno le massime di ordine pubblico ed i principi del governo rappresentativo. Finchè le società, le riunioni, i club rimangono in un contegno pacifico, restano inosservati allo stato, ma quando escono dalla sfera privata in cui la costituzione li ha circoscritti, si elevano contro di questa e la distruggono in luogo di difenderla. » Epperò l'assemblea costituente proibiva le deputazioni e gli indirizzi dei club, il loro intervento collettivo nelle pubbliche funzioni, la pubblicazione delle loro discussioni (4); ma queste restrizioni furono tolte dalla convenzione che proclamò nei cittadini un diritto assoluto di riunirsi in società popolari (5), questo diritto fu temperato dalla Costituzione del 5 fruttidoro anno III la quale proibì tutte le associazioni contrarie all'ordine pubblico, e tutte le affiliazioni e corrispondenze delle associazioni anche lecite. Da ultimo, la legge del 7 termidoro anno V, che divenne il modello degli articoli 291 e seguenti del Codice penale, venne ad interdire qualunque società privata la quale si occupasse di questioni politiche; i membri di queste società eran puniti come rei di *attrupamento*.

(1) L. 13-19 Nov. 1790.

(2) Leg. 14 Set. 1791, tit. 1.

(3) Decreti 29 e 30 settembre, 9 ottobre 1791.

(4) Leg. 13 giugno 1793, art. 2.

(5) Mo. i ore del 13 Marzo 1844.

Il legislatore del 1810 fu mosso a proibire queste tali associazioni dalla ricordanza di quelle società popolari che in tutto il corso della rivoluzione esercitavano sì forte influenza su i destini del paese; egli voleva rimarginare una piaga sociale che per tanto tempo avea visto inasprita dalle fazioni. « Queste parole: *associazioni illecite*, dicea l'oratore del corpo legislativo, ridestano alla mente tristi memorie; chi è tra voi il quale non sia stato la vittima o il testimone di quelle assemblee deliberanti, ove l'assassinio e la rivolta erano il molto d'ordine; che essendosi stabilite per vigilare le autorità, le contrariavano nei più interessanti e più giusti movimenti, ed organizzavano così l'anarchia in tutta la Francia? esse non si riapriranno più. Queste parole, appalesando i timori che hanno dettato la legge, rivelano il suo spirito primitivo e lo scopo che si proponeva.

Eccoci ora ai testi del Codice, ove innanzi a tutto uopo è osservare che questi testi modificati in molti punti essenziali dalla legge del 10 aprile 1834, non possono esser più disgiunti dalle disposizioni di questa legge, di cui sono un necessario complemento. La nostra disamina avrà dunque per iscopo due punti: 1. di bene stabilire la specie e l'estensione delle disposizioni del Codice, 2. di esaminare, ravvicinando la nuova legge con gli articoli di questo Codice, le disposizioni che essa ha conservate e quelle che ha distrutte.

L'articolo 291 è così concepito: « Non potrà formarsi alcun' associazione di più di 20 persone il cui scopo sia di adunarsi ogni giorno, o in certi designati giorni, per occuparsi di oggetti religiosi, letterari, politici o altri, senza il permesso del governo, e con le condizioni che al pubblico potere piacerà d'imporre alla società. Nel numero delle persone indicate da questo articolo non sono comprese quelle che alitano nelle case ove l'associazione si riunisce. Lo scopo della legge del 10 aprile 1834 è stato solamente quello di dare a questa proibizione una novella forza, di talche non potesse essere elusa. Per raggiungere questo scopo essa ha slargato i suoi limiti. Il suo articolo 1° è così concepito: « Le disposizioni dell'articolo 291 Codice penale sono applicabili alle associazioni di più di 20 persone, quando anche fossero divise in frazioni di minor numero, e non si riunissero tutti i giorni o in giorni determinati; il permesso dato dal governo può esser sempre revocato.

Innanzitutto è uopo confessare che se l'impiantazione è stata sviluppata ed estesa, il principio è rimasto lo stesso, giacchè la legge nuova nuova regola ha introdotta; la sua pena non mira che l'associazione quale fu definita dall'art. 291, l'associazione che è composta da più di 20 persone, e che ha per oggetto di occuparsi di affari religiosi, politici e letterari. Questo principio fondamentale, che risulta implicitamente dal testo della legge, è stato d'altra banda proclamato in svariati rincontri nel corso della discussione legislativa. Non fia fuor di proposito ricordar qui le parole della esposizione dei motivi: « Noi veniamo, dice il guardasigilli, a proporvi la necessità di dare forza e complemento alle disposizioni della legge che proibiscono queste associazioni, noi vi proponiamo di sanzionare i provvedimenti necessari perchè non possa essere più eluso l'articolo 291. A raggiungere questo scopo non debbesi lasciare alle associazioni la facilità di dividersi in frazioni, di cui ciascuna presa isolatamente non giungesse a 20 membri, e tutti riuniti si elevarono ad un numero molto maggiore di quello tollerato dalle leggi. Ecceita certamente il caso di quella legge che tollera le associazioni di più migliaia d'individui pel solo motivo che sono divise in frazioni non maggiori di 19 componenti, mentre poi dichiara pericolosa per la pubblica pace l'associazione composta da più di 20 persone che non abbia alcuna corrispondenza con altra. Un'altra precauzione sta nell'esigere che le associazioni debbano essere autorizzate dal governo quando anche non si riuniscano tutti i giorni o in giorni determinati. » Epperò chiara cosa è che questa legge si applica alle sole associazioni prevedute dall'art. 291, nelle quali non ha fatto che modificare alcune condizioni.

Ciò premesso: quali sono le associazioni che la legge dichiara illecite? In ogni associazione suppongonsi due elementi: uno scopo determinato, ed un legame che unisce gli associati. Sicchè il carattere fondamentale delle associazioni si è la permanenza, il loro segno distintivo, una costituzione organica. Appunto questa organizzazione, questa continuità di un'azione collettiva, furono quelle che eccitarono le inquietudini del potere e dettarono delle misure repressive. Epperò il principale elemento che dee fermarsi con le prove dell'accusa si è questo carattere fondamentale del reato. La parola *associazione* diletta

tutte le difficoltà che potrebbero elevarsi sul subietto; in questa parola delibono i giudici attingere gli elementi delle loro decisioni.

Da ciò ne conseguiva che non vennero comprese nel divieto della legge tutte le riunioni nascenti che non abbiano i caratteri di associazioni permanenti. Ed invero, le riunioni e le associazioni sono cose tra loro ben distinte: le riunioni hanno per causa degli avvenimenti impreveduti, istantanei, passeggeri; per contrario le associazioni hanno uno scopo determinato e permanente. Nelle riunioni si ha in mira di comunicarsi i lumi scambievoli, di pensare insieme; nelle associazioni vi è il disegno di concertare ed agire. In verità è di elemento essenziale delle associazioni avere delle riunioni, queste formano uno de' loro necessari requisiti, uno degli indizi che le rivelano; ma queste riunioni allora attingono un carattere criminoso dal fatto stesso dell'associazione di cui sono atto esecutivo ed effetto. Questa distinzione tra le associazioni e le semplici riunioni fu formalmente riconosciuta nella discussione della legge del 10 aprile 1834. Dicea sul proposito il guardasigilli: « Noi facciamo una legge contro le associazioni, e non già contro le riunioni accidentali e momentanee, che abbiano per oggetto l'esercizio di un diritto garantito (1) ». Queste parole furono citate dal sig. Girod de l'Ain nel suo rapporto alla Camera dei Pari, ove aggiunse: « Se questa dichiarazione non entra negli elementi della legge, ne è però un autentico ed inseparabile commentario (2) ». Un altro membro della stessa camera, il sig. Roederer, aggiunse ancora in sostegno della legge: « La legge non permette di molestare o interrompere le riunioni sieno casuali, sieno abituali; essa non riguarda che le associazioni. Per vero, la distinzione di riunioni e di associazioni non è così chiara e precisa da non lasciar adito a confusione, e si teme che il Ministero Pubblico le abbia a confondere: A me pare che queste sieno paniche apprensioni. L'obiettivo immediato della legge è di punire le associazioni che hanno una vita patente, che sono organizzate ed armate per la guerra che hanno preparato contro il governo dello stato. L'obiettivo secondario è di dare al governo i mezzi per impedire che

si rinnovelli un'associazione dello stesso genere, cioè patente, organizzata ed armata in attitudine guerresca. La forza politica della legge non trascende la forza criminosa che hanno quelle associazioni le quali formano uno stato dentro lo stato, e, come diceva il signor Molé, gettano un corpo vivo nel cuore della nazione. » (3)

Il secondo requisito della imputazione si è che l'associazione sia composta da più di 20 persone. In questo numero non sono compresi quelli che abitano nella casa ove si riunisce. Il dovere di fare la dichiarazione innanzi all'autorità e di ottenere il permesso non incomincia che quando gli associati oltrepassino il numero di venti. Un membro del consiglio di stato, il Signor Molé, nella discussione del codice, faceva osservare che le società minori di 20 persone possono essere più pericolose di quelle che eccedono questo numero, e che il pericolo non dipende dal numero, ma dal carattere degli individui e dalla loro forza morale. Il signor Berlier rispose che estendere la proibizione alle società di minor numero, era un ridurre i cittadini sotto una tutela troppo severa; « dappoichè, aggiungeva l'oratore, l'azione di riunirsi per parlare di oggetti religiosi, letterari o politici è di dritto naturale; se l'ordine pubblico può apportarvi qualche restrizione, questa debbe essere contenuta in giusti limiti. In questo stesso caso, la moderazione è il primo dovere: come il primo bisogno del governo; una compressione eccessiva può eccitare resistenza; è assai aver introdotto nella nostra legislazione un precetto restrittivo del tutto nuovo; almeno conviene che il semplice fatto di una riunione non autorizzata non sia considerato delitto se non quando i suoi componenti sieno in tal numero da dare qualche inquietudine al governo; per temere questi effetti non può supporre un numero minore a quello fissato dall'articolo (4).

La legge del 10 aprile 1834, contenendosi nei limiti di 20 persone, ha aggiunto: « Quando anche queste associazioni fossero divise in Sezioni di minor numero. » Noi abbiamo già rapportati i motivi di questa disposizione. Un Deputato ha opposto a questo riguardo: « Per

(1) Monitore del 25 marzo 1834.

(2) Monitore del 6 aprile 1834.

(3) Monit. del 9 april., suppl.

(4) Processi verbali del consiglio di stato — Seduta del 26 agosto 1809.

punire le frazioni di una società uopo è distinguere i caratteri onde si possono queste frazioni distinguere. Come provare che molti individui riuniti formano una sezione di una società che non essendo ancora scoperta, si presume di non aver vita? Come provare l'affiliazione di una sezione ad un'altra? Come stabilire il numero delle persone necessario per comporre una frazione di società? (1) Ella è cosa evidente che tali quistioni entrano nel dominio della interpretazione, e sposta ai giudici valutare i fatti secondo le circostanze della causa ed i risultamenti del dibattimento.

Il terzo requisito della contravvenzione nel sistema del codice Penale si era che le riunioni si tenessero ogni giorno, o in giorni determinati. La legge del 10 aprile 1834 l'ha abrogato: l'associazione è illecita, dice questa legge, quando anche i suoi membri non si riuniscano in tutti i giorni o in giorni determinati.

Ultimo elemento della infrazione si è che la società pel suo carattere sia compresa nei termini dell'articolo 291. Or, questi termini sono tanto generali che comprendono quasi ogni associazione, qualunque sia il loro scopo e il loro nome. Nel corso della discussione della legge del 10 aprile 1834 furono proposte molte eccezioni, di cui la più parte si giustificavano da per sé. Non di meno furono quasi tutte rigettate, a motivo che qualunque distinzione non farebbe che snervare l'efficacia della legge; che le più pericolose società avvilgendosi in un velo insidioso, potrebbero sottrarsi alle esigenze legali; che era perciò necessaria cosa sottomettere tutte le società ad una legge comune, salvo a distinguere nell'applicazione quelle che non presentassero alcun pericolo, e quindi permetterle, o anche tollerarle senza permesso. Questa dottrina è stata successivamente applicata alle Società che hanno in mira l'esercizio di un diritto costituzionale, lo stabilimento di giornali, alle società commerciali, letterarie, scientifiche o religiose. Su queste ultime crediamo intrattenerci un poco.

Le società letterarie non dovevano essere comprese nell'articolo 291; di fatti, leggonsi nel processo verbale del consiglio di Stato del 5 novembre 1808 le seguenti osservazioni: « Il Principe arcicancelliere dice che le ri-

nioni politiche o religiose interessano troppo da vicino la tranquillità pubblica perchè siavi necessità di prendere a loro riguardo le precauzioni stabilite dall'articolo, ma il progetto va troppo oltre quando applica le stesse precauzioni alle riunioni letterarie ed in generale a tutte le altre. La legge non dee nuocere così a capriccio contrariare le abitudini e i gusti dei cittadini. In che possono essere pericolose delle discussioni puramente letterarie? Il signor Berlier opina che sieno eccettuate le discussioni letterarie; se l'articolo ne parla, è perchè si teme che sieno organizzate società politiche o religiose sotto il nome di società letterarie; ma non ci sarebbe divieto che non potesse legittimarsi con tali diffidenze. Il consiglio di Stato decide che gli effetti dell'articolo sieno limitati alle riunioni religiose o politiche. » Tuttavolta questa decisione non fu troppo rispettata, e le società letterarie furono non di meno comprese nei termini dell'articolo senza che si sapesse il perchè.

La stessa quistione si è rinnovata nell'1834: un Deputato aveva proposto un emendamento così concepito: « Sono esentate dal debito di chiedere permissione le società letterarie attualmente stabilite: il signor Guizot ha combattuto questo emendamento con queste parole: « Ella è cosa evidente per ogni uomo di mente sana, che a niuna di tali società, se siano veramente scientifiche, sarà negato il permesso ove lo dimandino; rispetto a quelle che non dimanderanno tale permesso, o l'avranno concesso di ufficio, o saranno lasciate in pace nell'esercizio delle loro letterarie lucubrazioni. Tutta la quistione sta dunque a vedere, se per le società letterarie come per le altre, se convenga eccettuarle nominatamente dall'articolo 1° della legge; or la Camera ha già risoluto tale quistione: essa con tutti i proposti emendamenti ha veduto che nulla sia così agevole quanto ristabilire sotto il nome di società letterarie le società politiche che la legge ha voluto distruggere. E questo il solo motivo della generalità dell'articolo; esso certamente non riflette nominatamente nè le società letterarie nè le scientifiche, vuole però che i nomi non sieno di velo per eludere la legge e per dare alle società politiche quella vita che la legge vuole spegnere. » (2)

(1) *Monitore del 23 marzo 1834.*

(2) *Minist. del 25 Marzo 1834, n.° sup. l.*

Qui può presentarsi una difficoltà: a fianco della proibizione della legge, che è assoluta, si elevano le spiegazioni del legislatore, le quali, con le parole qui riportate, restringono tutta la forza del divieto alle sole società politiche. Epperò nel corso delle discussioni si è molte volte ripetuto che l'unico oggetto della legge era di estinguere le associazioni permanenti, organizzate ed armate per la guerra che esse han dichiarato allo Stato; che la generalità dell'articolo non mena ad alcuna conseguenza; che suo scopo è solamente quello di togliere i mezzi di eludere la legge formandosi delle associazioni politiche sotto il nome di società letterarie o scientifiche. Or, i tribunali debbono arrestarsi al testo della legge, che è esplicito, o alle sue interpretazioni legislative che non sono men precise? Debbono essi, appoggiandosi alle parole del legislatore, restringere l'applicazione della legge alle sole società politiche, oppure, attenendosi al testo della legge, estenderla rigorosamente a tutte le società non autorizzate, qualunque sia il loro scopo e la loro divisa? Questa sola difficoltà appalesa le inconvenienze di una legge che incolpa dei fatti innocenti per punire atti riprovevoli, che statuisce delle pene nell'idea che non saranno applicate. Non di meno noi non esitiamo a dire che solo il testo della legge debbe essere di norma al giudice, che qualunque distinzione sarebbe arbitraria, qualunque eccezione sarebbe senza base legale. Un'associazione di più di 20 individui, ove non sia autorizzata, è una infrazione indipendentemente dallo scopo che proposti: è questo lo spirito e la regola della legge. Le spiegazioni legislative hanno rivelato i motivi segreti della legge ed il suo significato politico, non hanno però modificato né il suo testo né le regole che debbono valere per la sua interpretazione. Può senza dubbio esser la pena attenuata quando l'associazione sia pura d'ogni colpa, ma non giustificato l'imputato, dappoiché questa infrazione è puramente materiale, né va subordinata alle intenzioni dei contravventori.

Quell'avviso che ha rigettato una eccezione in pro delle materie scientifiche e letterarie, si è esteso alle materie religiose; ma la questione veste qui un interesse che ci astringe a qualche sviluppo. Debbono qui esser chiariti due dubbi: trattasi di sapere se la legge dei 10 aprile 1834 abbia in qualche maniera modificata le disposizioni dell'articolo

291 in ciò che riflette le associazioni formate per l'esercizio di un culto, e se queste disposizioni, la cui vita incerta fu sì vivamente contrastata, abbian perduto ad aver vigore a fronte della legge costituzionale che proclama la libertà dei culti.

Primamente, chiara cosa si è che la legge del 10 aprile 1834 nulla abbia cangiato allo stato della questione. Di fatti, era stato proposto un emendamento così conceputo. « Le associazioni o riunioni che abbiano per oggetto la celebrazione di un culto saranno esentate dall'obbligo di chiedere permesso: » Questo emendamento era dettato dalla impossibilità di conciliare la libertà del culto con la necessità di un'autorizzazione pel loro esercizio. Questa dottrina non fu contrastata, e se l'emendamento non venne accolto lo fu pel timore che le associazioni politiche si coprissero col manto della religione per sottrarsi alla vigilanza dell'autorità. Le parole del guardasigilli, che esprimono questo motivo, pare che confermino l'idea che ha dettato l'emendamento. « Una grande distinzione, dice il Ministro, è qui necessaria a farsi: se trattasi di riunioni che hanno solamente per scopo il culto a rendersi alla divinità, e l'esercizio di questo culto, noi dichiariamo formalmente che non ha luogo l'applicazione di questa legge: ma se trattasi di associazioni che abbiano per oggetto e pretesto i principi religiosi, allora ha luogo contro di essi la legge, e sarebbe a temersi che l'emendamento non fosse che l'abrogazione implicita dei principi vigenti a questo riguardo. Tale emendamento è inutile se mira a difendere dei principi di libertà che non sono mica compromessi, è pericoloso se può dare alle associazioni la facoltà di formarsi sotto pretesto che abbiano uno scopo religioso. E così si chiusero le discussioni della legge dei 10 aprile 1834, senza che si fosse data una soddisfacente spiegazione alle lagnanze mosse avverso il contrasto che vi è tra l'articolo 291 e le leggi costituzionali; uopo è dunque rianimare tale questione, e passarla a nuova disamina dopo tanti anni di controversia; noi lo faremo il più brevemente che si può.

A due argomenti principali possonsi ridurre tutte le ragioni messe in campo per continuare ad applicar l'articolo 291 alle società religiose. Gli argomenti sono stati attinti in una doppia distinzione, dapprima tentata e poi passata in massima, tra la libertà di co-

scienza e la libertà dell'esercizio del culto, tra i culti esistenti al momento della promulgazione della carta, e quelli che si sarebbero stabiliti dopo questo tempo. Mercè queste distinzioni, la Corte di Cassazione, riguardando l'articolo 291 or come una legge di polizia, ed una misura secondaria di sorveglianza, or come una barriera elevata soltanto contro i culti novelli, l'ha mantenuto in vigore fino a questo di-.

Nella prima di queste Decisioni quella Corte si poggia su i seguenti motivi: « che il divieto fatto dall'articolo 291 è una misura di polizia e di sorveglianza prescritta pel mantenimento dell'ordine pubblico; che questa misura concerne le riunioni di più di 20 persone formate per occuparsi di oggetti politici, religiosi e letterari, o altri; che l'articolo 5 della Carta relativo esclusivamente alla religione, ai culti, non ha abrogato nè ha potuto abrogare le disposizioni dell'art. 291 su le riunioni che si occupano di oggetti politici, letterari o altri; che perciò, per decidere che sia stata abrogata la disposizione sulle riunioni concernenti gli affari religiosi, bisognerebbe ammettere che nell'articolo 291 sieno vi due parti, di cui l'una è distrutta, l'altra mantenuta; che nè questa distinzione nè questa abrogazione parziale potrebbe esser ammessa, se non quando si trovasse espressa nel testo dell'articolo 9, o fossero il risultato implicito ma necessario di quelle disposizioni; che questa distinzione e parziale abrogazione non è nè espressa nè implicitamente contenuta in quelle disposizioni; che di fatti non vi è nessuna contraddizione tra l'esercizio individuale di questa libertà, e la obbligazione di subordinarla alla misura di sorveglianza di polizia reclamata dal mantenimento dell'ordine pubblico; quando si forma per l'esercizio del culto una riunione di più di 20 persone (1). In un'altra Decisione più recente la stessa Corte, perdurando a sostenere la stessa distinzione, ha stabilito più esplicitamente per massima « che l'articolo 5 della Carta, concedendo ad ogni cittadino il diritto di professare liberamente la sua religione, non ha inteso sottrarre all'azione dell'autorità il pubblico esercizio del culto; che per contrario, avendo il secondo paragrafo di questo articolo 5 assicurato a tutti i culti un'uguale protezione, li sommette tutti generalmente alle stesse misure di polizia; che in-

di ne conseguita non potersi esercitare pubblicamente un culto qualunque se non quando sia stato autorizzato dal governo (2). Queste due Decisioni riassumono quasi tutti gli argomenti che noi abbiamo in animo di contraddire.

Essi sono poggiati in una distinzione tra la libertà di coscienza e la libertà dell'esercizio del culto; ma a noi pare che questa distinzione non debba essere sì agevolmente ammessa. È spirito di ogni religione spingere gli uomini che la professano ad unirsi fra loro, ed associarsi per pensare e sentire insieme. Questo imperioso sentimento è quello che ha creato il proselitismo, parola esclusivamente adde- data ad esprimere questo bisogno di credenze religiose. La professione di un culto è dunque il diritto di riunirsi, ed entrare in società per tutti quelli che hanno uno stesso simbolo e credenze comuni. La libertà religiosa è dunque il diritto di credere e di pregare insieme. La Carta, proclamando « che ognuno professi la sua religione con la stessa libertà ed ha pel suo culto la stessa protezione, non ha dunque proclamato soltanto la libertà di coscienza, ma ancora la libertà del culto. Ed invero qual sarebbe questa libera professione di religione se essa fosse ristretta al culto individuale? La preghiera isolata ha mai bisogno di protezione? Il pensiero non sfugge forse al divieto della legge? Voi distinguete il culto esterno, e questo solo assoggettate all'impero della legge; ma cosa è mai il culto interno, se non l'elevazione dell'anima verso il Dio che ella ha scelto? Qual bisogno vi può essere del braccio della legge per assicurare ad ognuno il diritto di dare sfogo in segreto alle sue religiose ispirazioni? Questa solenne dichiarazione della libertà dei culti non si applicherebbe che alla libertà di coscienza. Ma anche pria della Carta questa libertà era iscritta nelle nostre leggi, mentre eran già trascorsi i tempi delle persecuzioni religiose. Qual bisogno vi era dunque di consacrare questo principio in un alto costituzionale? qual nuovo vantaggio ha esso; portato tra noi? No, la libertà religiosa non è solamente la libertà del pensiero, ma sibbene quella di professare il suo culto, di riunirsi negli stessi atti di pietà con quelli che professano la stessa fede, di associarsi per stare fermi nello stesso simbolo. Tali sono le conseguenze immediate del principio consacrato.

(1) Decis. Cas. 19 ag. 1820; Sirey 1820, 1, 211.

(2) Decis. Cas. 29 luglio 1827; Sirey 1827, 1, 561.

dalla legge, al quale essa non ha apportato restrizione alcuna.

Si dice non ravvisarsi nell'articolo 291 che una misura di polizia la quale tenderebbe a tenere in freno le assemblee religiose, senza toccare i principi della libertà. Questo ragionamento può esser vero rispetto alle assemblee politiche, perchè i cittadini non hanno un diritto assoluto di riunirsi, perchè la libertà di associazione si trova necessariamente subordinata alle esigenze dell'ordine pubblico, e quest'ordine, nel fermento di politiche agitazioni, è evidentemente compromesso da quelle riunioni che possono diventar fucina di sediziose passioni; allora quei provvedimenti di polizia vanno giustificati dalla necessità sociale. Ma come invocare questa necessità quando si tratti di una riunione puramente religiosa, la quale sia animata da vero spirito di pietà? Giacchè, se la religione altro non fosse che un velo sotto cui celasi l'ambizione umana, certamente per quest'ultima noi crediamo non dovuta eccezione alcuna di favore, ma la prima, come non potrebbe apportare allo Stato che un debole e secondario disturbo, così non richiede le stesse precauzioni di polizia. Inoltre, se il diritto dell'associazione politica è relativo e variabile, quello dell'associazione religiosa è immutabile ed assoluto: in quella le misure di polizia possono andare in certi casi fino alla proibizione, in questa qualunque ostacolo sarebbe una violazione di un diritto sacro. Or, non è ella cosa evidente che la necessità di una permissione per riunirsi sia un attentato ad un principio di libertà che non ammette limite alcuno? Non vi è completa libertà di culti dove le persone che lo professano non possono riunirsi in qualsiasi numero senza cadere in contravvenzione, lì ove è d'uopo chiedere permissione, ed ove un ufficiale di polizia può a suo talento chiudere il tempio e cacciarne i fedeli. Un tanto diritto nel governo distrugge il diritto nei cittadini, quantunque sarebbe sufficiente che lo restringesse, che ne inceppasse l'esercizio perchè fosse dichiarato inconciliabile con la Carta, e da questa inconciliabilità venisse proclamata la sua abrogazione.

Invano vorrebbe sostenere che la legge penale, come legge secondaria e di polizia, può sottrarsi alle regole generali della Carta. Rispetto alla libertà religiosa, gli articoli 291 e 294 fan le veci di una legislazione completa, e sono la immediata applicazione di regole

generali dello stesso ordine di quelle contenute negli articoli 5 e 6 della Carta: in entrambe queste leggi si tratta di determinare la libertà dei culti; la loro differenza sta in ciò che nella Carta questa libertà è completa, mentre nel Codice è circoscritta da strette limitazioni: ma il loro oggetto è lo stesso; quindi ne viene per necessaria conseguenza che di queste due legislazioni l'ultima ad essere promulgata ha dovuto esercitare una grave influenza su la prima. D'altra banda il codice penale non costituisce una di quelle leggi speciali che sfuggono all'impero de' principi generali, perchè sono estranee al diritto comune; esso anzi costituisce il diritto comune, quindi va soggetto a tutte le modificazioni che vi apportano le leggi speciali.

Un secondo argomento si è attinto da una distinzione che la giurisprudenza, e poi la legge, hanno introdotta fra i culti. Si distinguono i culti in vigore in tempo della promulgazione della Carta da quelli che vennero dopo; soltanto ai primi si applicano queste parole: *legalmente riconosciuti dallo Stato*; gli altri nati dopo si terrebbero come ancor soggetti alla tutela dello Stato. Tale è la dottrina tracciata dagli *arresti* che hanno deciso da una banda « non esser necessario il consentimento del governo alle associazioni di più di 20 individui riunite per l'esercizio di *culti autorizzati dallo Stato* », e d'altra parte: « che se dopo la promulgazione della Carta si mantennero in vigore le leggi organiche dei *culti riconosciuti*, non possono però godere il privilegio d'essere libere dalle regole della legislazione generale, le riunioni ed associazioni formate per l'esercizio di culti non riconosciuti. » Questa distinzione si è poggiata sulle parole dell'articolo 6 della legge del 25 marzo 1822 che ha punito gli oltraggi fatti ad un ministro di *una delle religioni legalmente riconosciute in Francia*; molte leggi, e precipuamente quella del 20 aprile 1835, di presente abrogata, hanno raccolte le stesse espressioni.

Noi concepiamo che la legge possa classare in ordini differenti la religione nascente, la quale non eleva ancora che una voce debole e quasi isolata, e quella che fu sanzionata dal tempo e dal rispetto dei popoli; la prima non offre alcun pegno alla sicurezza pubblica, le sue dottrine sono ancora poco note allo Stato; egli deve guardarla con una specie di diffidenza, dappoichè non è ancora

giunta ad elevarsi in culto, ma va barcollando tra le ambagi di sette e di associazioni. Per contrario, l'altra offre le più rassicuranti garanzie nelle sue leggi organiche, nelle sue dottrine approvate dalla discussione, nel numero de' suoi proseliti. Può dunque non esser necessaria per entrambe la stessa sorveglianza, debbensi certamente essere più solleciti in precauzioni su la nuova setta, ma non si possono però trascendere i limiti di una mera vigilanza dei suoi atti. Qualunque sia la distanza che separa la setta e la religione stabilita, entrambe poggiano su lo stesso principio di libertà, entrambe da esso derivano. Forse il legislatore nella diversità delle garanzie che presentano avrebbe potuto poggiare una differenza fra esse, ma egli ha stabilita una regola generale, essa comprende necessariamente tutte le associazioni che hanno per oggetto l'esercizio di un culto.

In verità vuolsi limitare l'impero di questa regola ai culti esistenti in tempo della promulgazione della Carta. Ma allora non più sarebbe questo un principio organico, sibbene una norma speciale fatta soltanto per determinate associazioni: la Carta, invece di un diritto comune, non avrebbe stabilito che una eccezione: i culti riconosciuti non godrebbero della libertà che per un privilegio: or, potessi mai ammettere in tale senso e tali restrizioni quando trattasi de' testi di una legge costituzionale? non sono forse queste le leggi cui conviene la più larga e seconda interpretazione? E poi come intendere che i culti debbano esser riconosciuti, cioè autorizzati dallo Stato? Debbe forse il governo rendersi dogmatico, casista, per esaminare le dottrine, analizzare i simboli, censurare le forme esterne di tale o tale altra credenza? Può mai concepirsi che una religione sia obbligata a sollecitare delle lettere patenti come se si trattasse di un titolo o di uno stabilimento d'industria?

Certamente questa distinzione è stata introdotta da qualche legge posteriore alla Carta, ma qual'era l'obiettivo di queste leggi? era di punire con pene eccezionali gli oltraggi che avessero potuto esser fatti ai Ministri del Culto, di colpire con pene più severe i furti commessi nelle chiese; or, quando trattasi d'accordare ad alcuni culti un quasi privilegio, sottraendo i loro ministri e i loro templi alle regole del diritto comune, per metterli sotto l'egida d'una più forte garanzia, egli è chiaro

che la legge sia liberata di procedere per distinzioni, e di non estendere questa speciale protezione che ai culti i quali offrono maggior mallevanzia di sé all'ordine pubblico. I culti nuovi non possono esigere tanta protezione, perchè non danno di sé tanta garanzia; essi non possono pretendere che la tolleranza, il diritto di esistere liberamente; quindi non possono far retroagire, su questo diritto di esistere, una distinzione che ha per unico scopo di accordare una speciale protezione a taluni culti che hanno ottenuto dallo Stato il diritto di cittadinanza. Ben diversi sono i disturbi di cui possono essere oggetto, ben diverso è del pari il diritto di esistere: questi disturbi possono esser repressi con maggiore o minor severità, secondo che l'associazione religiosa merita maggiore o minor favore; ma nel diritto dell'esistenza non trova luogo il più o il meno, esso è uo e lo stesso in tutte le associazioni, non vi è distinzione che possa limitarlo.

Tali sono le osservazioni nelle quali la materia del nostro lavoro ci astringe circoscrivere questa grave controversia. Noi non possiamo riassumere il nostro avviso in più bel modo che riportando le parole del Procuratore generale Dupin nella causa Paisot. «Nello stato attuale della nostra legislazione costituzionale, dicea questo magistrato, io trovo ragionevole il diritto che ha l'amministrazione di sorvegliare l'esercizio de' culti del pari che qualunque altra riunione, il diritto di verificare e far punire i reati che si rannodano a questo esercizio, e perciò trovo utile il dovere di una preventiva dichiarazione, acciò possa mettersi in moto questa sorveglianza. Ma non posso ammettere nel governo né il diritto perentorio di negarsi a riconoscere quei culti, né il silenzio che equivale al rifiuto, come mezzi legittimi di togliere ai cittadini il diritto di esercitare i loro culti in tutta libertà. Questa libertà non ha bisogno di autorizzazione, né va subordinata ad una permissione facoltativa.»

La libertà di coscienza sarebbe vana e sterile se il culto che n'è la espressione non fosse libero, né ci sarebbe libertà di culto ove fosse necessaria al suo esercizio una preventiva autorizzazione. Qui cade in acconcio ricordare le parole del Cancelliere dell'Hôpital, sì bellamente citate dal signor Dupin: *la libertà sola non è libertà*. Di fatti, non può dirsi libertà, soggiunge questo magistrato, se

non quella ch'è fortemente garantita, e che realmente si gode: la libertà è l'azione; questa libertà dalla filosofia si è trasfusa nelle leggi: è tempo oramai che dalle leggi si trasfonda nelle Decisioni (1).

Dopo aver determinati i caratteri di questa infrazione, ed i requisiti necessari perchè sia apposta a reato, dobbiam passare alla disamina delle penalità che le sono applicabili. Le disposizioni del Codice sono state modificate in Francia sotto due rapporti; l'art. 292 (306) portava: «Ogni associazione della natura di quelle qui sopra espresse, la quale si formi senza autorizzazione, o contravvenga alle condizioni imposte alla sua istituzione, sarà disciolta. I capi, direttori o amministratori dell'associazione saranno inoltre puniti con un'ammenda di 16 a 200 franchi. » Così da una banda la pena era di semplice ammenda, dall'altra essa limitavasi ai soli capi o direttori. L'articolo 2 della legge del 10 aprile 1834 ha rangiati questi due punti. Esso è così conceputo: «Chiunque faccia parte di una associazione non autorizzata sarà punito con due mesi ad un anno di prigionia, e con 50 a 1000 franchi di ammenda; in caso di recidiva la pena può essere raddoppiata. Nell'ultimo caso il condannato potrà esser messo sotto la sorveglianza dell'alta polizia per un tempo che non può eccedere il doppio del massimo della pena. In tutti i casi può essere applicato l'articolo 463 del Codice Penale. »

Tale aggravamento di pena è stato motivato in questi termini: «La vostra Commissione, ha detto il relatore della Camera dei Deputati, ha portato tutta la sua attenzione su le penalità stabilite dal progetto; essa ha pensato che la disposizione dell'articolo 291 era di quelle su cui gravi circostanze e nuovi bisogni della società dovrebbero esercitare una influenza necessaria ed immediata. Di fatti chi può illudersi al segno di credere che le penalità del Codice sieno sufficienti ed efficaci? La vostra Commissione perciò è di avviso che questo sistema penale debba esser più severo. » Quanto all'idea di applicare questa penalità non solo ai capi e direttori, ma agli altri membri dell'associazione, essa ebbe origine dall'esser tenuto come unico mezzo

di prevenire delle associazioni alle quali tanto meno si potrà in processo resistere, quanto più innocue si fossero giudicate da principio; che se la legge inferisce solamente contro i capi, questi potrebbero nascondersi, e così le inquisizioni della giustizia resterebbero senza effetto.

La pena della sorveglianza ha eccitati dei reclami nella Camera dei Deputati: noi citeremo qui le parole del Relatore: «Negherete voi alla legge questa garanzia senza la quale essa sarà inefficace? no, voi nol farete. Quale interesse può mai ispirare, quale scusa può invocare colui che, conoscendo il divieto della legge, si espone ad incorrere una seconda volta tutto il rigore della stessa? Questa ostinatezza lomette in istato di aperta ribellione; la sua presenza può ispirare legittime inquietudini, e l'autorità debbe avere il diritto di allontanarlo dal luogo ove egli ha sprecato la volontà della legge, e le Decisioni della giustizia... Ma se il giudicere avvisa in questo fatto delle circostanze attenuanti, se egli minora le pene, come supporre che egli pronunzierà la sorveglianza? e se la pronunzia, non è forse chiaro che sarà di cortissima durata? È questo un arbitrio che la legge dee riservare ai magistrati. Essi esamineranno la natura delle associazioni; se sono delle società letterarie, certamente non si pronunzieranno pene di sorveglianza; ma se queste associazioni sono pericolose; se individui già condannati perdurano a violar la legge, i magistrati useranno delle facoltà loro concesse. » Si è domandato se la legge, pigliando a misura della durata della sorveglianza il doppio della pena, avesse inteso parlare della pena pronunziata dalla sentenza di condanna o di quella comminata dalla legge. La questione fu decisa in questo ultimo senso dal relatore (1). Ma almeno dal testo della legge risulta che la sorveglianza non può esser pronunziata che in caso di recidiva; che anche in questo caso può essere facoltativa, e che non avendo la legge fissato se non il suo *maximum*, i giudici possono limitarne la durata come a loro pare. Questa ultima facoltà è una derogazione al sistema del Codice che ha fissato alla sorveglianza un *minimum* generale di cinque anni. Noi a tale proposito facciam voti che questa innovazione, la quale si è riprodotta nella legge del 21 maggio 1834, sia adottata dallo stesso Codice.

(1) Requisitoria per la decisione del 18 settembre 1830 (Sirey, 1830, 1, 209). Vedi però la savia dissertazione dell'avvocato generale Helleo, e la Decisione della Cassazione del 1828 (Giornale del diritto criminale, 1828, p. 65).

(2) *Monitore del 25 marzo 1822, sup.*

Le pene suse sono essenzialmente ingiuste, perchè colpiscono in modo uniforme dei reati i quali non hanno giammai lo stesso valor morale; d'altra banda la latitudine concessa al giudice nella distribuzione della pena è uno dei principi fondamentali della nostra legislazione penale.

L'articolo 293, che punisce la provocazione a misfatti o delitti fatti nel seno dell'associazione, debb'essere tuttora applicato, perchè nella legge del 10 aprile 1834 non v'ha disposizione che l'abbia abrogato. Questo articolo è così concepito: « Se con discorsi, esortazioni, invocazioni o preghiere, in qualunque luogo si sia, o con lettere, affissi, pubblicazione o distribuzione di oggetti qualunque, siesi fatta in questa assemblea qualche provocazione a misfatti o delitti, la pena sarà di 100 a 300 franchi e due anni di prigionia contro i capi, direttori ed amministratori di queste associazioni, senza pregiudizio delle pene più gravi contro gli individui personalmente colpevoli della provocazione, i quali in nessun caso potranno avere pena minore di quella comminata contro i capi, direttori ed amministratori dell'associazione.

Comunque questo articolo non sia stato abrogato dalla legge del 10 aprile 1834, pure è facile cosa vedere come esso non sia punto in accordo con questa legge. Questo articolo lascia tuttora in vigore la distinzione tra i capi e i semplici membri, distinzione che l'articolo 2 di detta legge ha inteso abrogare; inoltre, questi capi o direttori nella specie dell'articolo 293, che li suppone più colpevoli, non vanno soggetti alla sorveglianza, mentre la legge del 1834 permette la sorveglianza pel solo fatto d'essere stato membro di un'associazione non autorizzata. Nondimeno queste anomalie non sono così gravi da mettere in forse l'esistenza legale dell'articolo 293. Questo articolo partorisce due effetti: primamente di far pesare su i capi una responsabilità più grave quando l'associazione veste un carattere più pericoloso; in secondo luogo di elevare il *minimum* della pena applicabile al membro provocatore, la quale non può esser minore di quella applicata al direttore. E da notarsi che questa disposizione, diversa in ciò da quelle che la precedono e la sieguono, è esclusivamente repressiva; il legislatore non aggrava le responsabilità che per un reato già consumato.

Ci rimane ora a disaminare un' ultima in-

frazione che viene a completare le proibizioni dell'articolo 291, e che partecipa della natura delle contravvenzioni prevedute da questo articolo. « Ogni individuo, il quale senza autorizzazione dell'autorità municipale abbia accordato o permesso l'uso della sua casa o del suo appartamento in tutto o in parte per la riunione dei membri di un'associazione ancorchè autorizzata, o per l'esercizio di un culto, sarà punito con un'ammenda di 16 a 200 franchi. La legge del 10 aprile 1834 ha visto in questo articolo una lacuna pel fatto di aver prestato la casa ad un'associazione non autorizzata, quindi col suo articolo 3 ha soggiunto: « Saranno considerati come complici del reato di associazione illecita, e puniti come tali, coloro che avran concesso o fittato la loro casa o il loro appartamento per una o più riunioni di un'associazione non autorizzata. »

Questa disposizione addizionale è stata motivata in questi termini: « Il progetto non parla degli individui che accordano l'uso della loro casa o del loro appartamento per la riunione dei membri di un'associazione; ma in ciò uopo è distinguere: se il locale è concesso ad un'associazione *non autorizzata*, il proprietario che lo concede, somministra a quest'associazione i mezzi di violar la legge; quindi egli vi è complice, e come tale debbe esser punito. Se, per contrario, l'associazione è *autorizzata*, ma colui che concede il locale non abbia ottenuto il permesso dall'autorità municipale, egli non è colpevole che di lieve negligenza, per la quale è sufficiente la pena comminata dall'art. 294. » La parola *scientemente* non vi era nella compilazione primitiva; essa fu aggiunta a proposta di due Deputati i quali ne addussero per motivo che nelle materie di contravvenzioni per pronunziarsi la pena è sufficiente che abbia avuto luogo il fatto materiale. Era questa evidentemente un'erronea applicazione di un principio vero, dappoichè non vi sarebbe contravvenzione alcuna in quel proprietario il quale non avesse conosciuto che la sua casa dovea servire alla riunione di un'associazione. Perciò, quando anche non fosse stata inserita nella legge la parola *scientemente*, non vi potrebbe esser dubbio che il proprietario allora andrebbe soggetto alle pene comminate da questa legge, quando avesse conosciuto che prestava la sua casa per ricevere un'associazione non autorizzata, dappoichè senza condizione non vi sarebbe mica complicità.

In conseguenza di questo stesso principio, sulla questione: se potesse estendersi a questa specie l'articolo 463, si è risposto: « risultar quest'applicazione dal canone che il complice siegue la sorte del reo principale, e che perciò tutte le attenuazioni e tutte le minorazioni concedute al secondo debbono essere applicate anche al primo (1). »

Rispetto alle riunioni religiose l'art. 294 diversa dagli articoli 291 e 292, in ciò che questo prevede specialmente le riunioni che hanno per iscopo *l'esercizio di un culto*, mentre che i due altri vietano soltanto le associazioni religiose non autorizzate. Da questa differenza si è dedotto come corollario che l'articolo 294 si estendeva a tutti i culti, mentre che gli articoli 291 e 292 eran ristretti ai soli culti non riconosciuti dallo Stato, ed in questa differenza si è scorto un argomento in appoggio della distinzione che noi abbiamo innanzi combattuta. Sarebbe però stata conseguenza più logica inferire che siccome questi due ultimi articoli non si sono serviti della parola *culto*, adoperata nell'articolo 294, così vedesi che il pensiero del legislatore sia stato quello di non estenderli al culto pubblico di una religione, ma solamente di difendere l'ordine pubblico dalle sette clandestine, e dalle associazioni religiose che si propagano nell'ombra. Per contrario, l'articolo 294 si applica non solo alle associazioni segrete, ma ai culti ed al loro esercizio.

Di fatti il diritto di riunirsi in qualsiasi numero, in una casa privata, anche per l'esercizio di un culto, non può essere assoluto, poichè l'esercizio di un tale diritto darebbe luogo a più gravi disordini. In questa materia, la libertà è subordinata al diritto che ha la pubblica amministrazione non di restringerla, ma di sorvegliarne l'esercizio. Questa distinzione risulta formalmente dal ravvicinare l'articolo 294 all'articolo 17 della legge del 7 vendemmiaio anno IV. Quest'ultimo articolo è così conceputo: « Il recinto scelto per l'esercizio di un culto sarà indicato e dichiarato all'aggiunto municipale nei comuni che hanno una popolazione minore di cinque mila anime, e negli altri comuni alle amministrazioni municipali del cantone o distretto. Questa dichiarazione sarà tra-

scritta sul registro ordinario della municipalità o del comune, e ne sarà spedita copia alla Cancelleria della polizia correzionale del cantone. È proibito far uso del detto recinto pria di aver adempito a queste formalità. » Mercè di tale dichiarazione il recinto diventa pubblico, l'uffiziale municipale può penetrarvi ed esercitarvi la sua sorveglianza. Questo articolo dunque trovasi in perfetto accordo con l'articolo 294: questo proibisce le riunioni religiose in un luogo privato, per conseguente inaccessibile alla sorveglianza; quello autorizza tali riunioni, ma nel solo caso che il luogo sia diventato pubblico con dichiararsi prima la sua destinazione; il primo eleva una barriera contro l'esercizio dei culti nelle case private; il secondo, avendo stabilito lo stesso principio, modifica il carattere del luogo nel momento della riunione. Pare che da ciò ne conseguiti esser tuttora in vigore l'articolo 17, non abrogato da alcuna legge speciale, e potersi applicare all'esercizio dei culti cumulativamente all'articolo 194.

La Corte di Cassazione ha in certo modo riformata questa distinzione tra l'esercizio del culto in una casa privata, ed in un luogo pubblico, giudicando con decisione dei 12 settembre 1828 che svanisce la contravvenzione preveduta dall'articolo 294 quando l'autorità pubblica abbia avuto contezza delle riunioni, ed abbia potuto introdursi nei luoghi ove si tengono. Giova ripetere qui i motivi di questa decisione: « atteso che costa in fatto che l'imputato avea consegnato al Commissario una chiave del luogo ove esercitava il suo culto, e quindi il Commissario si è introdotto in quel locale ogni qualvolta gli è paruto; atteso che egli vi si è presentato in diversi giorni ed in diverse ore, sino a quattro e cinque volte nello stesso giorno, e non ha mai trovato una riunione di più di 20 persone: che da ciò ne conseguita essere stati a notizia dell'autorità municipale, di cui il commissario è uno dei principali agenti, e l'esercizio del culto e il luogo ove si esercitava; che perciò non può opporsi all'imputato di aver esercitato il suo culto clandestinamente, dappoichè egli ha dato all'autorità tutto l'agio di esercitare quella sorveglianza che credesse conveniente, e questa sorveglianza si è di fatti esercitata dal Commissario di polizia; che da questi fatti risulta quell'autorizzazione che la legge ha richiesta, ma di cui non ha

(1) *Minutore del 29 marzo 1834 sup.*

specificate le formalità (1). Risulta implicitamente da questa decisione che il voto della legge è soddisfatto quando la riunione non sia stata clandestina, quando l'autorità ne abbia avuto contezza, ed abbia potuto sorvegliare il luogo della riunione. Ma la Corte di Cassazione non è discesa al punto di riconoscere la forza obbligatoria dell'articolo 17 della legge del 7 vendemmiaio anno IV; in conseguenza, nel suo sistema, se queste riunioni sono protette quando abbiano messo l'autorità in grado di sorvegliarle, ciò avviene perché presumonsi autorizzate col suo silenzio, ma questa presunzione cede alla manifestazione di una volontà contraria, nè può dirsi legittima una riunione, ancorché avesse dato contezza del luogo ove si tiene, se sia stata regolarmente proibita.

Noi abbiamo veduto che l'art. 3 della legge del 10 aprile 1831 punisce come complici della contravvenzione preveduta dall'art. 291 coloro che scientemente hanno dato in fillo la loro casa per le riunioni di un'associazione non autorizzata. Potrebbe un proprietario dirsi immune dall'azione penale se avendo conosciuto che in sua casa dovea riunirsi un'associazione si fosse contentato dell'assertiva che quell'associazione era autorizzata, senza esigerne le prove. Uopo è decidere che egli sarebbe punibile. Di fatti la sua responsabilità comincia da che ha notizia che una società debbe unirsi in seduta nella sua casa; è dunque suo dovere richiedere la prova dell'autorizzazione, giacché il difetto di tale autorizzazione l'assegna a pena più grave: e la sua negligenza a questo riguardo costituisce precisamente la contravvenzione che la nuova legge volle punire.

Qui mettiam fine a questa disamina degli articoli 291 e 294. Gli sviluppiamenti dati tengono più al principio onde furon dettati questi articoli che alla spiegazione dei loro testi. Questi testi in generale sono poco importanti; essi riduconsi tutti in un divieto più o meno assoluto. Era però cosa interessante valutare la natura e il diritto di questo divieto, la sua influenza politica, e le sue relazioni con le nostre libertà costituzionali. Da questa disamina ne deriva che, eccetto le disposizioni riguardanti l'esercizio dei culti, tutti gli altri articoli, comunque restrittivi di un diritto

turale, comunque giustificati dalla sola necessità, pure non sono in contraddizione con la legge fondamentale. Questa non è che una legge di polizia dettata dai tempi, la cui infrazione non costituisce mica un reato morale, ma una semplice contravvenzione materiale (a). La legge del 10 aprile 1834, in vece di

(a) Nelle Leggi Penali delle Due Sicilie i caratteri costitutivi delle adunanze illecite van definiti dall'articolo 305 così conceputo: « È illecita qualunque associazione di più persone organizzate in corpo il cui fine sia di riunirsi in tutti i giorni o in certi giorni determinati per occuparsi, senza promessa o vincolo di segreto, di oggetti sieno religiosi, sieno letterari, sieno politici; o simili, quante volte sia formata senza permesso dell'autorità pubblica o non vi si osservino le condizioni dall'autorità pubblica ordinate.

Come agevolmente rilevasi da questo articolo gli elementi costitutivi di questa infrazione sono: che l'associazione sia organizzata in corpo, val dire sia vi in essa costituito un regime gerarchico, il che chiaramente rilevasi anche dagli articoli 307 e 308 che parlano di capi, direttori ed amministratori; che non sia una unione accidentale, ma abbia fissati dei giorni per le sue periodiche sessioni; che i membri di essa non si astriungano fra loro con promessa o giuramento di non far palesi a chiesiasse e all'indivisi gli oggetti dell'associazione. La legge guarda in questo fatto una infrazione materiale, anziché un reato morale, essa rimane soddisfatta in disollegare l'associazione e punire i soli capi col primo grado di prigionia o confino e con l'amenda (art. 306).

Ma quando l'associazione contenga promessa o vincolo di segreto, allora la legge la guarda sotto altro sembiante, dal vincolo del segreto arguisce la reità dell'obiettivo che ha in mira l'associazione, e la punisce coll'esilio temporaneo dal regno, art. 309.

Questo articolo però fu abrogato dalla legge del 25 settembre 1822 tuttora vigente, la quale, avendo portato gravi cambiamenti e nei caratteri e nella pena di questa specie di associazione, è necessario che sia qui riportata.

Art. 9. Quante volte l'associazione illecita organizzata in corpo, o comunque altramente formata, cointenga promessa o vincolo di segreto, costituendo qualsivoglia specie di setta (qualunque ne sia la denominazione, l'oggetto, la forma ed il numero dei suoi componenti, o comunque venga artificialmente combinata per comunicazioni ambulanti e senza determinazione fissa di luoghi, di giorni o di persone), i rispettivi componenti di essa saranno puniti col 3° grado dei ferri e con una multa di 500 a 2 mila ducati. I capi, direttori, amministratori o graduati della stessa saranno puniti colla pena di morte col laccio sulle forche, e con una multa di 1000 a 4000 ducati.

Art. 10. Chiunque scientemente conserverà emblemi, carte, libri o altri distintivi delle sette pre-

(1) Decis. di Cas. 12 sett. 1828 Sirey, 1828, 1, 58.

modificare, ha espressamente mantenuto questo carattere: questa legge che applicar devesi con molta riserva, e il cui senso devesi attingere piuttosto nello spirito che l'ha dettata, anziché nelle sue troppo generali disposizioni, non ha fatto che rifermare con la sua indole politica le disposizioni provvisorie del Codice; ma esse avranno fine: « Verrà stagione », dicea il signor Guizot, in cui la Francia potrà vedere l'abrogazione di questi articoli come un nuovo sviluppo della sua libertà. Al sistema di proibizione succederà un sistema puramente repressivo, le associazioni potranno formarsi, purché il loro scopo sia legittimo e la luce della pubblicità rischiari le loro operazioni.

vedute nell'articolo precedente, sarà per questo solo fatto punito colla pena della relegazione. Coloro che scientemente fabbricheranno, venderanno o distribuiranno tali oggetti saranno puniti per questo solo fatto col 1° grado dei ferri: Or'essi facciano parte della setta, se saranno semplici membri della stessa, saranno puniti colla pena stabilita per essi membri, escluso il *minimum* del tempo per la pena ed il *minimum* della quantità per la multa: se saranno capi, direttori, amministratori o graduati, saranno puniti con la pena di morte col laccio sulle forche, e con una multa da 1250 a 3000 ducati.

Art. 11. Quelli che scientemente avranno concesso o permesso l'uso della di loro casa, abitazione o di altro loro locale qualunque per la riunione dello sette, saranno per questo solo fatto puniti con la pena del 1° grado dei ferri o con la multa di 100 a 500 ducati. Or' essi facciano parte della setta, se saranno membri della stessa saranno puniti con la pena del 3° grado dei ferri, escluso il *minimum* del tempo, e con multa da 1000 a 3000 ducati. se saranno capi, direttori, amministratori o graduati della setta, saranno puniti colla pena di morte col laccio sulle forche e con multa da 1500 a 6000 ducati.

Art. 12. Dopo l'espiatione penale della relegazione, e del 1 e 3 grado dei ferri nei casi preve-

Metteno fine a questa materia ci troviamo al termine della lunga serie dei misfatti e delitti contro la pace pubblica. Essa, nel sistema del Codice penale, principia dai reati di falso, si distende agli attentati che possono commettere i funzionari nell'esercizio delle loro funzioni e agli attacchi cui va esposta l'autorità pubblica, ed ha fine nei reati d'associazione di malfattori, di vagabondaggio, di mendicizia e riunioni illecite, quali tutti sono piuttosto atti preparatori d'altri reati anziché reati consumati. Di presente ci facciamo a sciorinare la seconda parte della grande divisione degli atti punibili, cioè i misfatti e delitti contro i privati.

duti nei precedenti articoli 9, 10 e 11, avrà sempre luogo la mallevanzia, ai termini degli articoli 11 e 34 delle Leggi Penali del nostro Codice per lo regno delle Due Sicilie.

Art. 13. Tutti gl'individui che saranno colpiti dalle disposizioni contenute nei mentovati articoli 9, 10 e 11 della presente legge, se incorreranno nuovamente nello stesso misfatto, saranno puniti come reiteratori e recidivi, ai termini degli articoli 78 e seguenti leggi penali.

Art. 14. I reati preveduti negli articoli 9, 10 e 11 della presente legge sono considerati come reati contro lo Stato, ed io conseguenza soggetti alle disposizioni contenute nel cap. 3, sez. 3, tit. 2, lib. 2, delle leggi penali del nostro Codice per lo Regno delle Due Sicilie riguardanti il rivelamento dei reati contro lo Stato.

Art. 15. Tutte le pene sanzionate con la presente legge saranno applicabili anche ai complici, ai termini degli articoli 74 e 75 delle leggi penali del citato nostro Codice.

Art. 16. Le disposizioni contenute in tutti gli articoli della presente legge non escludono l'applicazione delle pene maggiori, ai termini delle leggi vigenti, nel caso di reati più gravi, e particolarmente di reati contro la sicurezza interna o esterna dello Stato, ai termini dei cap. 1 e 2 del tit. 2, lib. 2, delle leg. pen. del mentovato nostro Codice.

CAPITOLO VI.

DELL'OMICIDIO VOLONTARIO.

Caratteri dei reati contro i privati—Divisione di questa materia—Dell'omicidio—Delle diverse specie di omicidio—Divisione adottata dal Codice—§ I. DELL'OMICIDIO VOLONTARIO—Elementi costitutivi di questo reato—Del fatto materiale dell'omicidio—Dei diversi modi di commetterlo—Della volontà criminosa—Definizione—Uopo è che vi sia intenzione di uccidere—Del caso in cui l'omicidio e la volontà colpiscono simultaneamente due persone distinte—Epilogo dei principi—Della pena applicabile all'omicidio volontario,— nelle leggi antiche — nella legge vigente, — e nelle legislazioni straniere.— § II. DEL PARRICIDIO—Cenno storico della legislazione—Carattere di questo reato—In quali casi vi è parricidio?—Vi è mai parricidio nella uccisione del patrigno, della matrigna, degli ascendenti del figlio naturale, degli ascendenti dell'adottante?—Competenza dei Tribunali penali sulle quistioni relative all'età dell'imputato—§ III. DELL'INFANTICIDIO—Disposizioni legislative su questa materia—Variazioni della legge penale—Definizione dell'infanticidio—In quali casi può commettersi questo reato—In quale giorno il fanciullo cessa di riguardarsi neonato—L'omicidio di ogni fanciullo neonato è infanticidio—§ IV. DELL'ASSASSINIO—Qual reato andava compreso sotto questa parola nell'antica legislazione?—Riassunto storico della materia—Definizione—Caratteri distinti della premeditazione—Giurisprudenza della Corte di cassazione sulla prova di queste circostanze—Diverse specie di assassinio.—Nel sistema del Codice Penale il duello debbe riguardarsi come assassinio o come tentativo di tal reato—Esame della giurisprudenza della Corte di cassazione in questa materia—Il suicidio sfugge alle disposizioni del Codice Penale—I complici del suicida sono forse compresi nei termini di questa legge?—§ V. DEL VENEFICIO—Natura di questo reato?—Disposizioni di diverse legislazioni—Definizione—Esame della legge penale—Condizioni elementari del reato—Uopo è provare che la sostanza somministrata sia veleno, che sia atta a dare la morte—Del tentativo di veneficio—§ VI. DELL'OMICIDIO ACCOMPAGNATO DA ALTRI REATI—Esame della disposizione e del sistema dell'art. 304—§ VII. DELL'OMICIDIO ACCOMPAGNATO DA TORMENTI O ATTI DI BARBARIE—Cosa debbasi intendere con queste parole—Comentario degli articoli 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303 e 304 del Codice Penale. (art. 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354 e 355 LL. P.)

Abbiamo già dato fine alla lunga serie dei delitti e misfatti contro la *cosa pubblica*; ora si para innanzi una nuova classe di offese. Il titolo 2 del libro 3 del Codice penale, alla cui disamina diamo mano in questo capitolo, si occupa dei misfatti e delitti *contro i privati*. Queste due classi di offese diversificano fra loro in ciò che queste, comunque del pari distrut-

tive dell'ordine sociale, sono intanto principalmente rivolte contro la persona o i beni dell'individuo contro cui vanno dirette, mentre che le altre, anche dirigendosi contro le persone private, minacciano apertamente il potere sociale e scuotono le basi dell'edificio pubblico. Era nell'ordine naturale delle cose che la legge penale togliesse a primo subiet-

to delle sne disposizioni i *reati pubblici*. Di fatti il suo primo scopo debbe essere di mantenere, con la sanzion delle pene, le leggi generali che regolano l'organizzazione della società, è questo il primo bisogno dei cittadini; dappoichè solo in una società ben organizzata e duratura possono essi sperare di essere protette la loro vita e la loro proprietà. Ma se pare che i reati pubblici abbiano maggiore importanza a causa delle loro relazioni con l'ordine politico, non bisogna da ciò conchiudere che essi per loro indole e pei loro caratteri sieno più gravi dei *reati privati*; mentre questi in generale suppongono una più profonda e più assoluta immoralità. Perciò dal loro numero e dai loro quadri statistici si misura lo stato morale di un popolo; quelli si rapportano piuttosto alle circostanze politiche; questi ai costumi, alla religione, ai lumi scientifici; da ultimo, se questi non attaccano direttamente il potere sociale, lo scuotono però indirettamente, minacciando la sicurezza dei cittadini, e riducendoli a dubitare della forza e della prevegenza del governo. Lo stato dunque ha un interesse a reprimere questi reati non minore di quello che abbia a punire i reati pubblici. Dice il Signor Faure nella sposizione dei motivi: « Questa seconda parte abbraccia un gran numero di attentati la cui repressione è indispensabile per garantire a ciascuno dei membri della società il pacifico godimento di quei vantaggi che ognuno ha diritto di attendere dai patti sociali. Vane riuscirebbero le migliori leggi civili se la violenza o la frode, l'interesse o la malvagità, potessero impunemente farsi ginoce della vita e della libertà, dell'onore e della fortuna dei cittadini. »

La classe dei misfatti e delitti contro i privati si scomparte naturalmente in due parti, secondo che essi minacciano la persona dei cittadini o la proprietà. Epperò, il titolo secondo del Codice si divide in due capitoli: il primo tratta dei *misfatti o delitti contro le persone*, l'altro dei *misfatti o delitti contro la proprietà*. Noi ci faremo a seguire questa classificazione ed esordiremo dall'esame delle *offese contro le persone*, di cui la prima e la principale è l'omicidio.

L'omicidio (*hominis caedes*) comprende nel suo generale significato qualunque attentato alla vita dell'uomo (*violenta vitae hominis ademptio*); ma in questa generica denominazione si confondono dei fatti distinti per

loro natura e pel loro carattere morale. Così l'omicidio può essere il risultamento di un caso fortuito, la conseguenza di una disaccortezza; può essere commesso con piena volontà, può essere premeditato. In ciascuno di questi casi il fatto si modifica e cambia di natura; nel primo non va soggetto a pena, nel secondo merita una pena leggiera, nel terzo si cambia in un misfatto grave, nell'ultima delle ipotesi poi diventa il più grave dei misfatti.

È dunque di massima importanza analizzare diligentemente le circostanze dell'omicidio, a fin di separare le specie, e non aggravare le stesse pene su fatti che non hanno lo stesso valor morale. Questa divisione tracciata dalla natura delle cose non offre gravi difficoltà. Un antico autore (1) ha scompartito gli omicidi in sei specie che ha sviluppate in altrettanti distinti capitoli: *manibus atque instrumento, lingua, consensu, vel permissu, signis, incantationibus, toxico ac veneno*.

Giulio Claro riduce tutte le specie di omicidio in due specie principali: *omicidio semplice ed omicidio premeditato*. Il primo è quello che va scevro da premeditazione; esso si commette con quattro circostanze *necessitate, caru, culpa, dolo*. L'omicidio è *necessario* quando si commette nel caso di legittima difesa; *casuale* quando è il risultamento di un caso fortuito; *imputabile (colorum)* quando deriva da una negligenza o imprudenza; da ultimo *colpevole (dolosum)* quando si commette con intenzione di uccidere, ma senza premeditazione. L'omicidio deliberato, che costituisce la seconda specie, può del pari commettersi in quattro modi: (*ex proposito*) quando si eseguisce con premeditazione senza altra circostanza; (*ex insidiis*) quando si commette con appostamento; (*proditorie*) con perfidia se si percuote all'improvviso un ospite, un amico, se si attacca una persona all'impensata e da dietro; da ultimo (*per assassinium*) quando si fa commettere un omicidio da una terza persona prezzolata (2).

Queste distinzioni attinte in gran parte dalle leggi romane, furono con lievi modificazioni riprodotte da quasi tutti i giureconsulti e legislatori. Così, secondo il diritto comune

(1) Damhoud. riu, *Praxis criminalis*, cap. 68, p. 163.

(2) *Julii Clari sententiarum*, lib. 5, § homicidium, n. 1, 14.

della nostra antica giurisprudenza, l'omicidio era distinto in quattro classi: cioè, *necessario*, *accidentale*, *per imprudenza*, e *volontario*. *Necessario*, quando era permesso dalle leggi; *accidentale*, quando avveniva per un caso fortuito; *per imprudenza* quando una preveggenza comune avrebbe potuto evitarlo; da ultimo, *volontario* quando conteneva in sé la volontà di uccidere. Quest'ultima specie si suddivideva in *lecita* ed *illecita*; *lecita* quando non solamente è permesso, ma comandato dalla legge; *illecita* quando la legge lo proibisce; e si commetteva in due modi, o senza *deliberazione* o con *deliberazione*. Il primo era quello che avea luogo in un moto istantaneo, *impetu iracundiae*; l'altro si commetteva con un disegno formato precedentemente in *animus occidentis ex intervallo antequam committatur* (1). Il Codice del 1791, e dopo quello il codice vigente, non han fatto che adottare questa divisione. Secondo le lor disposizioni, l'omicidio è o *volontario* o *involontario*. L'omicidio volontario è *legittimo* o *illegittimo*; legittimo quando è comandato da una legge, dall'autorità, o dalla necessità attuale della difesa di sé stesso o di altrui; illegittimo quando non rientra in alcuno di questi casi di giustificazione. L'omicidio involontario non è punito dalle leggi penali se non quando sia il risultamento di una imprudenza o negligenza; l'omicidio legittimo è punito solo quando trascende gli ordini dell'autorità, o la necessità della difesa. Queste due specie di omicidio formeranno il soggetto dei capitoli 9 e 11 di questo tomo. In questo ci occuperemo dell'omicidio commesso volontariamente fuori i casi della giustificazione legale.

L'omicidio volontario addimandasi (*meurtre*); esso è aggravato sia dalla qualità delle persone su cui è commesso, sia dalle circostanze che lo accompagnano.

La qualità della persona diventa una circostanza aggravante dell'omicidio quando sia commesso in persona del padre o madre legittimi, naturali o adottivi, degli ascendenti legittimi, o quando sia commesso in persona di un *neonato*. Questa specie di omicidio è qualificato dalla legge *paricidio* o *infanticidio*.

L'omicidio attinge i suoi motivi di aggravamento nelle circostanze che l'accompagnano.

no, quando è commesso con premeditazione o appostamento, quando si eseguisce col mezzo di sostanze atte a dar la morte, quando si commette con tormenti o atti di barbarie, da ultimo quando è preceduto, accompagnato o seguito da altro reato.

Per mettere in più chiara luce il nostro lavoro, noi crediamo utile cosa discorrere queste diverse specie dello stesso reato in altrettanti distinti paragrafi.

§ I.

Dell'omicidio volontario.

Il Codice definisce la parola (*meurtre*) nel suo articolo 293 così conceputo: L'omicidio commesso volontariamente è addimandato *meurtre* (a).

Questa disposizione non ha fatto che riprodurre le definizioni date dai dottori: *homicidium voluntarium dicitur illud quod committitur ex voluntate occidentis*.

Da questa definizione ne conseguita che due requisiti sien necessari perchè abbia vita questo reato.

1. La *uccisione*, cioè il fatto materiale.

2. La *volontà di uccidere*, nel che sta la reità speciale dell'atto. Acciò questi due elementi del reato sieno rettamente intesi, giova scendere ad un qualche sviluppo.

In primo luogo non vi è reato di omicidio quando non vi sia uccisione o tentativo di uccisione. Da questo semplice ed evidente aforismo ne derivano molti corollari.

Primamente uopo è che la persona contro la quale si commette l'attentato sia ancora in vita nel momento che l'attentato si consuma, dappoichè altrimenti non vi sarebbe omicidio. Così quantunque fosse egli colpito da una disperata infermità, non avesse che un'ora, un momento di vita, l'atto che accorcia quest'ora, questo momento di vita è un omicidio. Ma se all'istante in cui si commetteva l'attentato, la persona che si designava a vittima avesse già cessato di esistere per forza di malattia o per qualunque caso fortuito, non sarebbe più omicidio (2); manco allora il fatto materiale,

(a) Ciò che nel Codice francese si comprendeva nella parola *meurtre*, le leggi penali delle Due Sicilie lo espressero con le due parole: *omicidio volontario*, quindi soppressero questo articolo che rimaneva orfano. (Edit. Nap.)

(2) L. 15, Dig. ad leg. Aquilianam.

(1) Leg. 1, Dig. ad leg. Cornel. de Sicariis, et Codicis, eodem titolo.

non vi rimane che una volontà la quale comunque colpevole è inefficace. Dappoiché la ignoranza in cui si era della morte della vittima designata, non può assimilare questo atto a quello che avesse realmente cagionata la morte. Non può darsi vita ad un misfatto su le basi di una finzione.

Un secondo corollario, cui gli antichi giuriconsulti attribuivano grande importanza con le loro sottili distinzioni, si è che per la esistenza del reato sia necessario che l'attentato abbia a scopo di *togliere la vita ad un uomo*. Così quando la vittima fosse uno di quegli esseri bizzarri e sciagurati, nei quali fosse alterata la forma umana, essi, seguendo la legge romana, decidevano che la uccisione di questi mostri non costituisse misfatto: *monstruosos partus sine fraude caeduntur*. Intanto la giurisprudenza, per applicare questa barbara legge, fu nella necessità di definire questi esseri, e la sua interpretazione fu a buon consiglio restrittiva (1); si distinsero due specie di mostri: quelli che fossero soltanto deformati, e quelli che avessero dell'uomo e delle bestie; solamente questi ultimi rimasero compresi nei termini della legge che permetteva la loro necisione. In questa disposizione si riscontrano le tradizioni dell'antichità e le idee del paganesimo, quantunque gli autori che trattarono di simili controversie avessero scritto sotto l'impero delle idee del più zelante cattolicismo (2).

Questi esseri misti, bizzarra confusione di due nature diverse, erano di quelle fantastiche creazioni dei tempi in cui gli stessi Dei partecipavano della natura umana. Tali quistioni ormai disparvero con le credenze e la barbarie di quei tempi: ogni creatura, per quanto bizzarra e difforme si sia, quando è nata dall'uomo è protetta dalle leggi, non v'ha più concetto di quei mostri che possano far ricevere delle distinzioni ormai proscritte. *Mutulus homo est quippe animam habet per quam homo est* (3).

In conseguente colla parola *uomo* (*hominis caedes*) debbesi comprendere tutto il genere umano. *Lex Cornelia non de certo hominum genere loquitur, sed ipsam humanitatem tuetur*. Epperò, qualunque sia il sesso della vittima, qualunque la sua età o religione, sia straniero o regnicolo, il reato è lo stesso; la legge garantisce l'umanità intera (4).

È però necessario che vi sia un atto materiale capace a dar la morte; così non vi sarebbe luogo ad intemar querela di omicidio, quando l'agente per dar la morte non abbia messo in opera che un sortilegio, quando anche avesse avuto fede nella sua potenza; oppure quando si fosse adoperata una droga che si credeva veleno, ma che non era punto nociva. Dappoiché, anche supponendo la intenzione di dar la morte, tale intenzione in questi due casi non fu mica accompagnata da un cominciamento di esecuzione dell'atto di omicidio, mentre l'atto eseguito non poteva in verun caso nuocere alla vita dell'uomo. Tali sono le percosse, che comunque non mortali, pure arretrate con intenzione di uccidere, possono dar luogo ad un'accusa di omicidio. Di fatti, le percosse, qualunque sia il loro risultato, costituiscono un cominciamento di esecuzione del reato, giacchè per loro natura sarebbero state sufficienti a consumarlo.

L'omicidio può commettersi non solo con un atto materiale, ma anche con una omissione. Tale sarebbe la omissione di dare il nutrimento necessario ad una persona sequestrata, purchè si sia a ciò tenuto per dovere di sua carica. Potrebbeasi assimilare a questo caso l'atto di privare un infermo dei rimedii prescrittigli onde poteva campar la vita. Non può dissimularsi che in quest'ultimo caso la quistione sarebbe assai difficile; dappoiché per ben valutare questo atto, bisognerebbe indagare quali ne sieno stati gli effetti, in conseguenza lo stato dell'infermo, la efficacia del rimedio, e i suoi presunti effetti. Quantunque in questa ultima ipotesi si presenti alla giustizia un atto materiale, pure sarebbe per lei un passo molto rischioso commettersi a questo oscuro laberinto. Rispetto al niego di prestarsi a chi implora soccorso, noi vedremo in altro capitolo che in generale non può costituire che un omicidio involontario, quando anche il prestar quei soccorsi fosse un dovere di carica.

(1) L. 28, Dig. de verb. significat. — Menochius, de arbit. jud. casu 491, n. 27 — Farinacius, quæst. 121, n. 91.

(2) Excusantur prodigiosos, hoc est ab omni forma aliena et specie alienos, sed huius cuiuspiam formam referentes; tales enim partus nequaquam baptizantur, sed illico suffocandi. . . ut pulehria inquit Baldus (Dambouderius, p. 243, cap. 84, n. 30).

(3) Mathæus, lib. 5, n. 6.

(4) L. 2, Dig. ad leg. Corn. de sicariis.

Perchè vi abbia reato di omicidio è forse necessario che sia stato consumato con un atto materiale? L'omicida morale, colui che uccide con tormenti di animo, rientra forse nei termini della legge penale? Suppongasì che un marito o un padre non usi della sua autorità che per spargere di amarezza i giorni di un figlio o di una sposa, che si studi di travolgere la loro vita nel cordoglio, che s'ingegni di accorciarla con continuati travagli morali; che in fine, con una meditata barbarie trascini passo passo la sua vittima alla tomba; non sarebbe forse questo un omicidio? non sarebbe anzi uno degli omicidi più orrorosi e più atroci? Noi non dubiteremo di qualificarlo per tale, ma da ciò ne segue forse che la legge debba punirlo? Come provare un reato di tal natura? Onde conoscere la potenza di quei travagli di animo e i loro funesti effetti? Come tener dietro ai progressi, e discernere gli atti di questo veleno morale che ha lentamente inaridite le sorgenti della vita? La legge non può che tenersi muta al cospetto di questo misfatto ancorchè lo supponga; la sua impotenza la disarmo e la condanna al silenzio col timore di poggiare un'accusa sopra congetture, giacchè in questa ipotesi non vi sarebbero che congetture, non già quegli atti materiali ove solo può spaziarsi l'impero del legislatore.

Le nostre osservazioni fin qui non riguardarono che il fatto materiale dell'omicidio. Il secondo elemento del reato sta nella volontà di dar la morte.

Questa volontà è un elemento indispensabile all'omicidio. Il reato sussiste quando anche non fosse prodotto che in parte. Ma non esisterebbe più reato quando non vi fosse concorsa tutta la volontà, quando potesse elevarsi un'ombra di dubbio sulla sua esistenza. *Divus Adrianus rescripsit eum qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse; et qui hominem non occidit, sed vulneravit ut occidat, pro homicida damnandum (1).*

Da tal principio ne conseguì che la volontà di uccidere debbe essere dichiarata espressamente dal G. u. i: quindi, ad esempio non sarebbe sufficiente dichiararsi aver l'accusato date delle percosse che hanno cagionata la morte; dappoichè una tale decisione non rivelerebbe a sufficienza la volontà di

uccidere (2): Lo stesso dovrebbe dirsi quando la decisione ammettesse qualche circostanza esclusiva della volontà, come ad esempio la provocazione e la legittima difesa (3).

Da questo stesso principio ne conseguì anche che la volontà non essendo una circostanza aggravante dell'omicidio, non debbe essere provata con una quistione apposta e distinta, dappoichè, per esprimerci con la corte di cassazione, « l'omicidio volontario (*meurtre*) è l'omicidio commesso volontariamente, quindi la volontà gli è intrinseca, nè potrebbe esservi omicidio volontario commesso involontariamente » (a).

La corte di cassazione avea svariato volte deciso che « secondo il vero spirito delle leggi, colui il quale abbia arrecate delle ferite o percosse, si renda responsabile di tutte le loro possibili conseguenze, di tal che se queste ferite o percosse abbian cagionata la morte, si ha reità di omicidio (4) ».

Questa corte avea anche aggravato il rigore della giurisprudenza, dichiarando inefficace e come non scritta la seguente formula adoperata da molti giuristi « *ma senza intenzione di dar la morte* ». Questa dottrina trascendeva i termini della legge, confondeva due cose distinte, cioè, la volontà di arrecare delle ferite o percosse che potessero esser causa di morte, e la intenzione di uccidere. La intenzione di nuocere, dando percosse o ferite non include necessariamente la volontà di arrecar la morte. In conseguenza la reità dell'agente non può esser la stessa in entrambi i casi, mentre non può supporci che la legge non abbia tenuto conto di questa segnalata differenza. La volontà che si richiede per costituire l'omicidio volontario è di arrecar la morte, dappoichè se fosse altrimenti, sarebbero assimilate due azioni distinte che non avrebbero lo stesso valor morale. Ed appunto per dare questa semplice

(a) Cass. 16 maggio e 19 settembre 1828. Sirey 1828, 1, 367.

(3) Cass. 4 agosto 1826.

(a) Ciò perchè la parola *meurtre* comprende e il fatto materiale e la volontarietà; ma presso di noi alla parola generica *omicidio* debbeni espressamente dare la qualifica di *volontario*, altrimenti vi è nullità, perchè non dichiarato l'elemento morale del reato. (Edit. Nap.)

(4) Cass. 14 febbraio 1819 (Sirey, 1819, 1 331). Tale è ancora la giurisprudenza della corte di cassazione del Belgio. Decis. de' 25 Giugno 1822.

(1) L. 3, Dig. ad Leg. Corn. de sicariis.

spiegazione alle parole della legge, e per metter termine ad una giurisprudenza che avea tradito lo spirito di essa, la legge del 28 aprile 1832 aggiunse all'art. 309 un secondo paragrafo così concepito: « Se le percosse o ferite commesse volontariamente, ma senza intenzione di uccidere, abbiano cagionato la morte, il reo sarà punito coi lavori forzati a tempo (a); così, giusta il significato di quest'ultimo paragrafo, la volontà non costituisce omicidio volontario se non quando contenga la intenzione di dar la morte.

Tra gli antichi giureconsulti si è per molto tempo agitata la questione di sapere: da quali segni dovesse rilevarsi la intenzione di uccidere, *animus occidendi*; tale questione di grave interesse nell'antico diritto, che non ammetteva testimoni per fare questa prova, è diventata assai meno importante nella nostra nuova legislazione la quale abbandona la prova alla valutazione dei giudici. In generale si presumeva la volontà di uccidere se l'autore della ferita avesse usato armi atte a dar morte, se le ferite fossero dirette alla testa, se si fossero ripetuti i colpi, se molte persone fossero concorse nell'omicidio, se tra l'uccisore e l'ucciso vi passasse una inveterata inimicizia, se vi fossero state delle minacce, se commesso il reato, il colpevole si fosse dato alla fuga. Comechè sia chiaro non esser tali circostanze che congetture ed indizi, riguardate con questo carattere esse possono esser invocate come segni ordinari della volontà, ma non come regole d'interpretazione. In generale queste presunzioni sono giuste perchè offrono la più parte di simili segni, ma non potrebbero dirsi esatte perchè spesso smentite dalla realtà. Così può darsi che i molli colpi non abbiano avuto per ransa che il bollor dello sdegno; che le ferite siensi date alla testa non per disegno, ma per azzardo, che la fuga non indichi se non se lo spavento del colpevole.

Una questione grave è quella di sapere se la volontà di uccidere sia sufficiente a costituire l'omicidio volontario quando l'ucciso non sia la persona cui il reo voleva dar morte. La corte di cassazione ha per due volte deci-

so che questa circostanza non poteva modificare il reato; nella seconda di queste decisioni il ricorso fu rigettato pel motivo: « che dalle dichiarazioni del Giuri risultava essere stato il ricorrente dichiarato colpevole di aver volontariamente tirato un colpo di fucile colla intenzione di uccidere; che poco importava esser rimasta vittima la moglie, mentre si aveva in mira di uccidere il marito; che questo scambio non distruggeva il fatto di essersi data la morte ad una persona con la intenzione di uccidere (1). » Questa decisione è uniforme alla dottrina di Giulio Claro e di Perezio. Tale questione sarà da noi discussa nella quarta sezione di questo capitolo quando verremo a discorrere della premeditazione.

Due circostanze, due elementi distinti sono dunque necessari per costituire l'omicidio volontario: la percussione e la volontà di uccidere. Nel primo sta l'atto materiale del reato; nel secondo la reità relativa necessaria per costituirlo. Non può applicarsi la pena se non se quando queste due circostanze concorrono nello stesso fatto e sono dichiarate dalla decisione. Ci rimane ora a discorrere questa pena.

La pena dell'omicidio volontario nei primi tempi della repubblica Romana era l'esilio: *aquae et ignis interdictio*. A questa pena la legge Cornelia sostituì la deportazione in una isola e la confiscazione dei beni (2). Più tardi la pena di morte fu applicata ai condannati di condizione vile (3), in processo di tempo diventò la pena comune di questo reato. Intanto, l'omicidio volontario semplice, quello che commettevasi senza premeditazione fu punito, giusta la opinione dei dottori, d'una pena più lieve (4). L'arancio almeno restringe l'applicazione della pena capitale al solo caso in cui l'omicida fosse stato l'aggressore o avesse avuto la intenzione di uccidere. In Francia a qualunque omicidio si applicava la pena di morte. Se il condannato avesse potuto farsi forte di qualche scusa, doveva ricorrere alla grazia del Principe (5). I diversi gradi della reità dell'omicida trovavano una pena equivalente nei supplizi più o meno atroci che erano loro inflitti.

(a) Quest'addizione fatta al Codice francese dalla legge del 28 aprile 1832, trovavasi già preveduta nelle leggi penali delle Due Sicilie cogli articoli 362 e 363, che saranno comentati nel capitolo delle percosse e ferite volontarie. (Edil. Nap.)

(1) Cass. 8 settembre 1826; 31 giugno 1835.

(2) Leg. 3, § 5, Dig. ad leg. Corn. de sicariis.

(3) Inst. de *publ. cia. judicis*.

(4) Farinacius, quest. 126, n. 129, Giulio Claro, §. Homicidium, n. 18.

(5) Jousse, t. 3, p. 481.

L'assemblea costituente riserbò la pena di morte all'omicidio volontario accompagnato da circostanze aggravanti; l'art. 8 del tit. 2 del Codice del 1791, portava: « L'omicidio commesso senza premeditazione sarà qualificato omicidio volontario, e punito con venti anni di ferri. Il nostro Codice, mantenendo questa distinzione, ha cangiata la pena da temporanea in perpetua; l'articolo 304 porta: « Il colpevole di omicidio volontario sarà punito coi lavori forzati perpetui. » Questo articolo mosse nel Consiglio di Stato una grave discussione di cui giova far qui parola.

La sua primitiva compilazione portava: « Qualunque colpevole di assassinio ed anche di semplice omicidio volontario sarà punito coi lavori forzati perpetui se la vittima sia morta *nel corso di tre giorni dalla ferita*. Questa ultima disposizione fu censurata nel consiglio di Stato; il termine di tre giorni parve troppo corto, quindi gli fu sostituito quello di quaranta giorni. Perché non vi fosse luogo a pena di morte era uopo che l'ucciso fosse morto dopo questo termine. La commissione di Legislazione propose di modificare questa disposizione. « Con la legge del 1791, dicea il suo rapporto, il semplice omicidio volontario non era punito che con venti anni di ferri; se gli si applicasse la morte sarebbe pareggiato nella pena con l'assassino. Non di meno come vi è differenza nel reato, pare dovesse esservi una diversità nella pena. L'omicidio volontario spesso è conseguenza di un primo moto d'animo, d'ingiurie, di minacce, e sebbene non sien queste cagioni legittime per uccidere l'avversario, pure possono accender l'ira che trascorre a sfogarsi con ferite o percosse onde ne segua la morte. Spesso ancora delle ferite o percosse che ordinariamente non sarebbero di loro natura pericolose di vita, diventano tali sia pel luogo ove la casualità le ha fatte cadere, sia per la debole struttura del ferito. D'altra banda l'omicidio volontario non è mai premeditato, e se lo fosse, non più così una omicidio premeditato ovvero assassinio si dinanderebbe. Epperò, se vuolsi stabilire una proporzionata gradazione nella pena dei reati, l'omicidio volontario debb'esser punito con la pena immediatamente inferiore a quella dell'assassinio. La Commissione propose di serbare la pena di morte per l'assassino, e non infliggere all'omicidio volontario che la pena dei lavori forzati perpetui, la quale sarà assai più grave della pena comminata dalla legge

del 1791, perchè dal termine fisso di 20 anni alla perpetuità vi è immensa distanza. » Questo emendamento fu adottato dal Consiglio di Stato, e fu soppressa la disposizione relativa al caso di morte avvenuta dopo quaranta giorni.

La pena perpetua dei lavori forzati spesso si troverebbe sproporzionata alla gravità del reato; ma l'art. 463 della legge francese del 1832 permette ai giudici di mitigarla allorchè militano a pro dell'accusato delle circostanze attenuanti. Il Codice Prussiano punisce con dieci ed anche con sei anni di detenzione l'omicidio volontario, quando non si fosse fatto uso di armi (art. 847), o l'omicidio fosse succeduto in un tumulto (art. 170). La legge penale di Napoli non punisce in generale l'omicidio volontario che con 25 a 30 anni di ferri (art. 255); la legge del Brasile permette di ridurre la pena sino a sei anni di galere (art. 183). In Inghilterra, l'omicidio volontario è punito con pena temporanea; nella Luigiana con prigionia da uno a cinque anni; negli stati della Georgia con un *confinamento* da due a quattro anni nel penitenziario.

Qui hanno fine le nostre osservazioni sull'omicidio volontario: noi ci siamo limitati in questo paragrafo a precisare gli elementi che lo costituiscono e le regole che ne derivano; passiamo ora a fissare le svariate ipotesi in cui questo reato attinge motivi di aggravazione nelle circostanze che l'accompagnano.

§ II.

Del Parricidio.

L'omicidio volontario veste un principale carattere di aggravazione nelle qualità delle persone su cui è commesso: quando queste persone sieno il padre, la madre o gli ascendenti dell'agente, esso perde il nome di omicidio volontario per prendere quello di parricidio, ed in luogo della pena perpetua riceve la pena di morte.

Questa materia si divide in due parti ben distinte. Noi esamineremo da prima gli elementi che costituiscono il reato di parricidio, dipoi parleremo della pena che gli è inflitta, e delle svariate vicissitudini cui essa andò soggetta.

L'articolo 299 (348) è così concepito: « L'omicidio volontario è qualificato per parricidio quando sia commesso in persona del padre o madre legittimi, naturali o adottivi,

o qualunque altro ascendente legittimo. » Queste parole indicano chiaramente gli elementi del parricidio: esso è un semplice omicidio volontario, ma commesso in persona del padre, madre o ascendenti dell'agente; soltanto questa ultima circostanza lo pareggia all'assassinio; di fatti essa disvela nell'agente una sì grave perversità, una sì completa rinuncia dei più sacri sentimenti della natura, che quantunque commesso per un repentino trasporto d'animo, equipara il colpevole a colui che abbia meditato il suo reato e scelta la sua vittima.

Il parricidio non è dunque che un omicidio. Da ciò due conseguenze: la prima che il reato è lo stesso, sia che commettasi con premeditazione, aguto o senza. Queste circostanze, comunque nei casi ordinari stabiliscano una gradazione nel reato, pure nel parricidio sono indifferenti; è paruto che allorchando un figlio abbia osato levar la mano contro il suo genitore non potrebbe commettere reato più grave. Del rimanente, tale disposizione non è che il riflesso dell'antica legge; perchè si desse luogo ad accusa per tal reato era sufficiente che fosse stato commesso *dolo malo*, non era necessaria cosa provare la volontà di uccidere *animum tuendi* (1).

La legge Romana puniva per fin gli atti preparatori ed il pensiero del reato; per incorrere la pena del parricidio bastava che un figlio avesse comprato il veleno per propinarlo a suo padre, ancorchè non ne avesse fatto uso: *qui emit venenum ut patri daret quamvis non potuerit dare*. Lo stesso era per colui che avesse dato del danaro per far uccidere suo padre, ancorchè non vi fosse seguito nessun tentativo (2). Il nostro antico diritto richiedeva che l'omicidio fosse stato commesso volontariamente, e tale era anche la disposizione dell'articolo 8, del tit. 2 del Codice penale del 1791.

La seconda conseguenza si è che il parricidio debbe contenere in sé gli elementi dell'omicidio volontario, cioè il fatto materiale dell'omicidio, e la volontà di dar la morte; giova fermarci su quest'ultima circostanza. Parlando dell'omicidio volontario, noi abbiamo veduto che la legge modificativa del Codice penale avea introdotto nell'articolo 209 una nuova disposizione ad oggetto di attenuar la

pena quando l'omicidio fosse commesso non con la intenzione di uccidere, ma solamente di offendere; da ciò abbiamo tirata la conseguenza che l'omicidio volontario non ha vita, ai termini dell'articolo 295, se non quando la volontà criminosa sia stata precisamente quella di dar la morte; or questa stessa volontà debb'esser del pari provata nel parricidio, mentre esso non è che un omicidio volontario. Uopo è dunque provarsi che il figlio il quale uccise suo padre, avesse avuto la intenzione di ucciderlo, per poter essere punito qual parricida; se questa intenzione non fosse stata positivamente acclarata, non potrebbero applicarsi che la pena dell'art. 312, il quale, contro chi abbia percosso o ferito il padre o ascendenti, commina la pena della reclusione e dei lavori forzati, temporanei o perpetui, secondo la gravità delle percosse o ferite.

Il secondo elemento del parricidio è la qualità delle persone sulle quali è commesso. La legislazione ha più o meno esteso il cerchio di queste persone. Nei primi tempi di Roma, la parola *parricidium* non avea il significato che le si attribuisce oggi giorno; in esso comprendevansi tutte le specie di omicidi: *parricidium non a patre sed a pari caede dicitur*. Ciò pare che si rilevi da una legge di Numa, che è giunta fino a noi: *Si quis liberum hominem morti sciens dedit parricida esto*. Ciò risulta anche dalla designazione dei questori incaricati di requirere sulle cause capitali, che eran chiamati *parricidii quaestores*. Intanto questa espressione andò a poco a poco limitandosi ad un significato più ristretto; la legge delle XII Tavole la circoscrisse in questi termini: *qui porulem necaverit, capite abolutus, calceus insutus in aquam abjicito*; ma sotto la espressione *parentem* la legge Pompeja *de parricidiis* comprese tutta la famiglia del colpevole fino al quarto grado (3). Essa proteggeva i vincoli del sangue, *tuetur lex pompeja naturam*, ma si estendeva anche agli affini, sposi e patroni. I giureconsulti disseminarono allora nel parricidio due gradi: pro-

(3) Legge Pompeja de parricidiis cavetur ut si quis patrem, matrem, avum, aviam, fratrem, sororem, patruum, matruum, patrunculum, avunculum, amicum, consobrinum, consobrinam, uxorem, virum, generum, socerum, vitricum, privignum, patronum, patronam occiderit, poena ea lenetur quae est leg. s. Corneliae de sicariis. L. 1, Dig. ad leg. Pomp. de parricidiis.

(1) L. 1, Dig. ad leg. Pompejam de parricidiis.

(2) L. 7, Dig. ad leg. Pomp. de parricidiis.

prium parricidium et improprium, il primo commettevasi in persona degli ascendenti o discendenti, il secondo in persona degli sposi ed altre persone menzionate nella legge; soltanto il primo era colpito con la pena speciale del parricidio (1).

Il nostro antico diritto serbava silenzio su tale materia. Noi non abbiamo, dice Muyart de Vouglans, alcuna legge la quale faccia menzione espressa di questo reato, di tal che noi non abbiamo su di ciò altre norme fuori quelle stabilite con le decisioni della giurisprudenza. Questa giurisprudenza avea limitate le pene del parricidio alla uccisione volontaria del padre, madre o ascendenti, cioè al parricidio propriamente detto, ed in questo senso appunto fu definito da Jousse: « Il parricidio è il reato di colui che procura la morte del padre, madre o altri ascendenti, sia con violenza, sia con veneficio, sia con qualunque altro siasi mezzo (2). » Il codice penale del 1791 non fa che riprodurre questa giurisprudenza nell'articolo 10 del suo titolo 2 che definisce il parricidio per l'omicidio volontario commesso nella persona del padre o madre legittimi o naturali, o di ogni altro ascendente legittimo dell'uccisore. Noi abbiamo visto che il nostro codice, nel suo articolo 209, ha estesa questa disposizione alla uccisione volontaria del padre o madre legittimi, naturali o adottivi, o di ogni altro ascendente legittimo. Innanzi di esaminare le questioni elevate su di questo articolo, noi cenneremo qualche osservazione su quella disposizione che ha dato vita al parricidio fittizio, cioè all'omicidio commesso sul padre o madre adottivi. La legge Pompeja nella sua enumerazione non faceva molto del padre o madre adottivi; epperò i commentatori hanno generalmente deciso che non possa applicarsi la pena del parricidio al figlio adottivo che uccidesse il padre adottante *quia ratio illa vinculi naturalis et sanguinis cessat in filio adoptivo qui dicitur filius ficti et non vere et proprie* (3).

Intanto Matteo ha sostenuto l'opinione contraria (4), adducendo per solo motivo che la

legge Pompeja, avendo compreso nel numero de' parricidi l'omicidio volontario commesso su i patrigni ed anche su i semplici patroni, debbesi per analogia comprendervi anche la uccisione volontaria del padre adottivo, i cui legami di parentela sono costituiti anche dal codice civile. Questo motivo, contrario al principio che vieta di estendere la legge penale per argomenti di analogia, era stato combattuto dai nostri antichi giureconsulti; l'art. 10 del codice del 1791 si tacque pure sull'omicidio commesso in persona del padre adottivo.

Nel 1810, alcuni dubbi insorti nei membri del consiglio di stato parvero rinnovellar la quistione. Il Gran giudice Ministro della giustizia disse: « Per quanto grande sia il beneficio dell'adozione non può esser mai uguale a quello del dono della vita; e per quanto sia colpevole chi uccide il suo benefattore sempre è meno reo di chi dà morte al proprio padre, la legge dunque debbe far distinzione tra questi due reati; il pareggiarli importa attenuar l'orrore del parricidio. » Il signor Laubert confessava che l'assassinio di un padre naturale sia più atroce che quello di un padre adottivo, soggiungea però che chiunque immerge il pugnale nel seno dell'uomo generoso che l'abbia adottato per figlio merita che sia punito con la più dura severità. Il Gran Giudice rispose che egli non intendea sottrarre alla pena capitale colui che assassinasse il suo padre adottivo, ma volea soltanto che la morte non fosse accompagnata dalle formalità statuite per ispirar l'orrore del parricidio. (5).

La quistione fu differita ad altro giorno, ma nei processi verbali non v'ha segno che fosse stata ventilata in alcune delle susseguenti sessioni, ed il relatore della commissione legislativa si fece a motivare in questi termini il mantenimento della disposizione: « Con mettere nello stesso grado il padre legittimo ed il padre adottivo il progetto della legge rende omaggio alla paternità legale, consolante immagine della paternità reale; esso ricorda quella grande ed utile lezione di morale: che i vincoli della gratitudine non debbono essere men sacri dei legami della natura. A noi pare che questi motivi assai deboli in loro stessi sieno poco esalti. Se i legami della gratitudine, spezzati dall'omicidio, debbono aggravare la pena, questo aggravamento

(1) Farinacius, quæst. 19. Julius Clarus § homicidium. Menochius casu 356.

(2) Tom. 4, p. 1.

(3) Menochius, cas. 356, n. 26; Farinacius, quæst. 190, n. 163.

(4) De crim. ad leg. 48 Dig., tit. 6.

(5) Processi verbali del consiglio di stato, seduta del 3 nov. 1808.

debbe aver luogo non solo nelle adozioni, ma in tutti gli altri fatti d'ingratitude; ma non stà qui il vero motivo: il legislatore ha voluto attribuire alla finzione civile dell'adozione i privilegi e l'autorità della parentela naturale, egli ha voluto che la stessa sanzione proteggesse i nodi della legge e quelli della natura. Ma può mai aver luogo quest'assimilazione? su quale base poggia la terribile responsabilità del parricidio? Essa nasce da che egli ha sofferto nel suo seno la voce potente che gli gridava di rispettare suo padre, da che egli ha sconosciuto il sacro sentimento che vige nel cuore di ognuno, da che egli ha messo sotto i piedi un dovere non precario come la riconoscenza, ma eterno come la natura. Or, che sono mai questi rapporti del sangue a fronte di quelli formati dalla legge? L'adottato che alzò la mano criminosa sul suo padre adottivo è senza dubbio colpevole, più colpevole di qualunque altro omicida, ma non è un parricida; egli ha calpestato i doveri della riconoscenza, il legame civile, ma non ha spezzati i vincoli della natura, non ha tolto la vita a chi gli l'avea data, non gli fu d'uopo fare quegli immensi sforzi che suppongonsi necessari per la uccisione di un padre, e che appalessano una sì profonda perversità.

Come ha osservato il signor Destriveaux, l'adozione è talvolta remuneratoria, essa è un mezzo legale di ricompensare servigi ricevuti, quali sono i casi preveduti dall'art. 315 cod. civ. (269 II. c.). In simili occorrenze non è forse l'adottato che dovrebbe riguardarsi come il padre fittizio dell'adottante il quale deve a lui la vita? Intanto, la legge minaccia la sua terribile pena contro il primo. In fatto di responsabilità morale, quando il reato nasce dalla violazione di un dovere fondato sulla natura, la finzione non può tener luogo della verità; la legge non crea che obbligazioni civili, nè può ad esse attribuire quella santità che è propria delle sole obbligazioni naturali, nè garantirle con le stesse sanzioni.

Del rimanente, l'omicidio volontario dell'adottante non può essere assimilato al parricidio se non quando l'adozione sia fatta nelle forme legali; però l'accusato può impugnare la validità dell'adozione, e la Corte d'Assise è competente a giudicare, se non di questa validità, almeno dei fatti del possesso di stato del figlio adottivo, i quali si presentano come costitutivi una circostanza aggravante dell'omicidio. Ciò è stato deciso dalla Corte di Cas-

sazione in una causa nella quale l'accusato, per campare la pena del parricidio, negava il fatto dell'adozione, dicendo di nullità l'atto che ne servia di prova; fu egli dichiarato colpevole d'omicidio volontario, e condannato ai soli lavori forzati perpetui, a motivo che l'atto dell'adozione non era munito delle formalità volute dalla legge. Il P. M. ne produsse ricorso, deducendo che la Corte era incompetente a pronunziare su di una eccezione che presentava una mera questione di stato: il ricorso fu rigettato per motivo che i tribunali criminali, incaricati di pronunziare sopra misfatti o delitti, sono essenzialmente competenti a pronunziare su tutte le materie accessorie ed incidentali che vi si rannodano, e che la legge non ha espressamente sottratte alla loro giurisdizione; che essi hanno facoltà di giudicare delle questioni di dritto che derivano dalla istruzione e dalle difese delle parti, allorchè queste questioni sieno tali da modificare il carattere del fatto criminoso o della sua pena; che perciò la Corte Speciale era stata competente a decidere della qualità di figlio adottivo, attribuita all'accusato nell'atto di accusa, qualità che costituiva uno degli elementi o una delle circostanze aggravanti dell'omicidio a lui addebitato (1).

L'art. 290 (318) qualifica parricidio non solo l'omicidio volontario commesso in persona del padre e madre legittimi, ma anche dei legittimi ascendenti. Questa estensione in favore degli ascendenti non ha luogo nè nella famiglia naturale nè nell'adottiva; ma l'aggravamento della pena, prescritto per la famiglia legittima, non si estende mica alla uccisione degli affini, e la giurisprudenza ha sempre riconosciuto, come era d'inconcessa verità, che l'omicidio volontario commesso dal genero in persona del suocero o della suocera, non fosse parricidio (2). Ma quando questo genero, o qualunque altro individuo estraneo alla famiglia, abbia commesso l'omicidio in complicità co' figli della vittima, questa circostanza l'assoggetta forse alla pena speciale del parricidio? La legge Romana era per l'affermativa: *Utrum qui occiderunt parentes an etiam consocii poena parricidii afficiantur*

(1) Decis. cass. 27 novembre 1812 (Dalloz, t. 6, p. 104; Sirry, 16, 89).

(2) Decis. cass. 15 dicembre 1814 (Dalloz, t. 6, p. 275; Sirry, 1815, 1, 87); 16 luglio 1835, (Sirry, 1835, 1, 895.)

quaeri potest, et ai Maccianus etiam con-
scios eadem poena afficiendos, non solum
parricidas. Proinde conscii etiam extranei
eadem poena afficiendi sunt (1). La Corte di
Cassazione del pari non dubitò pronunziarsi
per l'affermativa, riguardando gli accusati co-
me complici scambievoli, e quindi conchiu-
se che l'aggravazione della pena pronun-
ziata contro uno di essi dovea ricadere sopra
di tutti. (2)

Nondimeno, pare che dalle stesse Decisio-
ni, onde fu stabilita questa rigorosa giurispru-
denza, ne conseguì implicitamente che essa
debba applicarsi al solo caso in cui gli accu-
sati abbiano agito non come complici, ma co-
me autori principali, cioè congiuntamente e
simultaneamente; ma se il figlio o la figlia ab-
biano agito non come autori principali, ma
come complici, aiutando solamente l'autore
principale negli atti che hanno preparato il
reato, essi mantengono il carattere di com-
plici, e però, secondo il sistema adottato dal-
la Corte di Cassazione in materia di complicità,
essi debbono dividere la sorte dell'autor
principale, e non subire che la pena dovuta a
costui.

Discorrendo la materia della complicità, non
abbiamo osservato che questo sistema, atten-
endosi troppo strettamente al testo della leg-
ge, avea sconosciuto il suo spirito; che essa
non avea inteso mettere nello stesso grado di
pena il complice e l'autore di uno stesso fatto,
ma avea soltanto avuto in mira di equipararli
sotto il rapporto della reità, senza però chin-
der gli occhi sulle circostanze che possono
modificare la rispettiva condizione di essi. Se
si applicassero queste regole ne risulterebbe
che l'individuo, il quale si è reso complice di
un omicidio volontario commesso dal figlio
in persona del padre, non sarebbe mai espo-
sto all'aggravamento comminato al solo parri-
cidio; poichè in fatto divenendo complice di
un omicidio volontario, egli non è diventato
che un'omicida, e non già un parricida; men-
tre, se ha tradito i suoi doveri di uomo, non
ha calpestato quelli di figlio. Per contrario,
il figlio, sia autore sia complice, rimane sem-
pre esposto all'aggravamento della pena che
gli è personale; imperciocchè la sua qualità

di figlio gli è indelebile; se non può comuni-
carla a' suoi complici non può perderla pel solo
motivo che altri abbia preso parte nel suo
reato; essa gli è inseparabile per proclamare
la sua azione più odiosa, e per giustificare una
pena più grave (a).

Ci rimane ora a parlare dell'omicidio vo-
lontario commesso in persona del padre e ma-
dre naturali; quianche, come nella famiglia
adottiva, la qualificazione di parricidio si ar-
resta alla uccisione del padre e della madre.
Ma di quali padri e madri si parla? forse di
quelli soli che hanno riconosciuti i loro figli?
La risposta debb'essere affermativa giacchè
solo per questi può dirsi certa la paternità.
Quanto agli altri, come potrebbe la legge ven-
dicare il vincolo del sangue quando essa lo
ignora? come far valere la qualità di padre
incestuoso o adulterino per aggravare la pe-
na del colpevole? come provare che que-
sti abbia conosciuta tale qualità, che fosse
certo della sua filiazione, che fosse a sua co-
noscenza essergli padre colui che andava ad
uccidere? Non vi potrebbe essere aggrava-
mento di pena senza la prova di questa cir-
costanza aggravante; or la indagine della pa-
ternità è interdotta, e quella della maternità
non è ammessa che ad istanza e nell'interes-
se del figlio art. 340 e 341 C. C. (263 e 264
I.L.CC.). Questi principi di legislazione sono
dunque in questi casi d'insormontabile bar-
riera all'applicazione della pena del parricidio.
Nondimeno tal volta il fatto dovrebbe
vincerla sul dritto, e dovrebbe, secondo
le circostanze, essere riguardato come parri-
cida colui che avesse ucciso la donna sotto
il cui nome fosse stato iscritto nei regi-
stri dello Stato Civile, che avesse sempre
portato il cognome di lei, con essa abitando
avesse avuto il possesso di suo figlio. Egli
è vero che la Corte di cassazione decise poter
essere parricida anche il figlio adulterino,
ma noi crediamo che questa decisione non
debba tenersi come regola assoluta (3). Ag-

(1) L. 6, Dig. ad leg. Pompejam de parricidiis.
Farinacius, quaest. n. 139.

(2) Decis. Cass. 2 gennaio 1815 — Sirey, 1815,
2, 404; 20 aprile 1827, Sirey, 1828, 1, 22.

(a) Tale controversia presso le leggi delle Due
Sicilie è di facile soluzione. L'articolo 76 II. p.
dichiara che le circostanze, sia aggravanti sia at-
tenuanti, personali ad uno degli autori o complici
di un reato, non giovano né nuociono agli altri.
Epperò la qualità di figlio, trovandosi o nell'au-
tore o nel complice del parricidio, non influisce ad
aggravar la pena che contro lui solo. (Edit. Nap.)

(3) Decis. Cass. 7 gennaio 1813, citata dal
Bourguignon sull'articolo 299.

giungasi che il figlio non riconosciuto, mettendo le mani addosso a suo padre, forse è meno colpevole di quel che sia quando il padre l'abbia pubblicamente riconosciuto, perchè egli non ha il possesso di Stato, e può star nel dubbio intorno alla sua origine. Sotto l'impero dell'antica legislazione, ove le regole del dritto non eran le stesse, tale questione era molto controversa, e Menochio, comechè contrario alla opinione dei giureconsulti che esoneravano da ogni aggravazione di pena i figli incestuosi o adulterini colpevoli di omicidio volontario in persona del loro padre, pure opinava che la pena dovesse mitigarsi in lor favore (1).

Tali sono gli elementi del parricidio: uopo è che l'attentato abbia i caratteri di omicidio volontario, cioè che sia stato commesso con la volontà di uccidere; che sia stato commesso in persona del padre e madre legittimi, e non degli affini nello stesso grado, oppure sul padre e madre adottivi, purchè l'adozione siasi celebrata nelle forme legali, sul padre e madre naturali, purchè non sieno adulterini, o sugli ascendenti legittimi, ma non su gli ascendenti naturali o adottivi. Passiamo ora a discorrere delle pene che vi sono comminate.

La Grecia e l'antica Roma non avevano comminata pena speciale contro il parricidio. Il legislatore non avea voluto supporre che questo reato potesse esser commesso. I Decemviri, sia per più acuta preveggenza, sia perchè si fosse già viziato il costume pubblico, furono i primi a comminare una pena contro il parricidio, e questa era terribile; il colpevole con la testa velata, cucito in un sacco di cuoio, era gettato in un fiume; *qui parentem necaverit, capite abvolutus, culeo insutus in aquam adjicietur*. In processo di tempo questa pena fu aggravata; nel sacco di cuoio di conserva al colpevole mettevansi degli animali al cui furore si abbandonava, e pria di sottoporlo a questo estremo supplizio lo battevano con le verghe fino a farlo sanguinare. *Poenam parricidii more majorum haec instituta est, ut parricida virgis sanguineis verberatur, deinde culeo insatur cum cane, gallo galinaceo et vipera et simia, deinde in mare profundum culeus jactatur* (2).

Non dimeno questa pena non era applicata che quando il colpevole avesse confessato il suo delitto. Cicerone, ammirando il senso riposto di questo supplizio, esclamava: *O singularem sapientiam! nonne videatur hunc hominem et rerum natura s' stulisse et eripuisse, cui repente coelum solem, aquam terramque ademuerunt* (3). Debbesi piuttosto deplorare la ignorante barbarie che trovando la morte troppo mite, si studiava di prolungare i suoi tormenti. A poco a poco questo genere di supplizio andò modificandosi: secondo una costituzione di Adriano, se il mare distasse dal luogo della condanna, il colpevole era gettato alle fiere, quindi solo questa pena rimase in uso (4).

In Francia non vi era legge che facesse parola di questo reato e ne determinasse la pena; le regole intorno tale materia erano stabilite dalla giurisprudenza degli arresti, a tenore dei quali il figlio parricida era condannato all'amputazione della mano, indi ad essere squartato vivo, il suo corpo era bruciato e le ceneri disperse al vento. La figlia colpevole dello stesso reato era appiccata o condannata al fuoco, poichè l'uso esentava la femmina dal supplizio della ruota.

Il Codice del 1791 comminava la sola pena di morte senza alcuna aggravazione. Il legislatore del 1810 ha stimato che questa pena non fosse sufficiente pel parricidio. « Secondo il nuovo Codice, dicea la esposizione dei motivi, la pena di morte non sarà che la semplice privazione della vita; non v'ha che una sola eccezione stabilita riguardo al parricida, al quale, dopo esser condotto al luogo del supplizio col volto coperto d'un velo nero, sarà tagliato il braccio. Poichè una fionesta esperienza ha forzato il legislatore a preve-

(3) Pro Roscio Amerino, § 71. Il sig. Bravard, professore di Diritto Commerciale, non divide la opinione di Cicerone, dappoichè chiama questa pena assurda e degna delle pratiche del medio evo. Noi non disconveniamo che questa pena fosse atroce come forse l'era maggiormente l'amputazione della mano in Francia. Non possiamo però ammettere la conseguenza tirata dal sig. Bravard, cioè di non doversi tenere in conto una civiltà che sentiva in questo modo intorno al sistema penale; noi, che spesso ci volgiamo a consultare la sapienza del dritto Romano nelle materie criminali, non l'ammettiamo.

(4) Paolo. Sentent., lit. 24, menziona anche la pena del fuoco.

(1) De arb. tr. jud. casu 156, n. 15.

(2) L. 9, Dig. leg. Pompeja de parricidiis; L. unic. Cod. de his qui parentes vel liberos occiderunt. Quaest. de publicis judiciis.

dere questo reato, gli fu mestieri corredare la punizione di ogni spaventevole apparato atto ad accrescerne l'orrore. » Di là l'articolo 13 del Codice Penale (352 n. 1 e 6 n. 3 L.L. P.) così conceputo: « Il colpevole condannato a morte per parricidio sarà condotto sul luogo della esecuzione in camicia, a piedi nudi e la testa coperta d'un velo nero, egli rimarrà esposto sul patibolo mentre che un usciere leggerà al pubblico la Decisione di condanna, quindi gli sarà recisa la destra e messo immediatamente a morte. » La legge del 28 aprile 1832 ha soppressa la mutilazione della destra, lasciando in vigore tutti gli altri modi di aggravamento.

Non solamente il parricidio, ancorchè commesso senza premeditazione o appostamento, va soggetto alla pena di morte, ma questa pena non può essere attenuata dalla scusa di provocazione, dappoichè, ai termini dell'articolo 323 del Codice Penale (385 L.L. P.), il parricidio non è mai sensibile. Questa disposizione, che l'articolo 10 del tit. 2 del Codice del 1791 tolse in prestito dall'antico diritto, poggia sul riflesso « che il rispetto religioso dovuto all'autore dei propri giorni, o a colui che la legge colloca nello stesso grado, impone il dovere di s'irritare tutto anzichè mettergli addosso una mano sacrilega (1). » Pure contesta proibizione, comunque assoluta, ammette qualche distinzione.

Prima mente, essa non si applica che alla scusa onde va attenuata la pena, e non già al fatto giustificativo che cancella del tutto la reità. Se dunque il figlio parricida non può invocar come scusa la provocazione avuta da suo padre, può però giustificarsi provando che egli era nello stato di legittima difesa; che la sua vita era minacciata; che egli uccise suo padre solo per difendere la vita propria: di fatti non è questa una semplice scusa, ma una causa di giustificazione il cui effetto è di cancellare interamente il reato. Tale era anche la regola ammessa nell'antico diritto: *In filio occidente patrem ad sui defensionem homicidium hoc impium est* (2).

Una seconda eccezione, onde rimane quasi distrutto il divieto sopradetto, nasce dal sistema delle circostanze attenuanti formulato dall'articolo 463. Questo articolo è generale e si estende a tutti gli accusati senza distinzione,

e quindi anche agli accusati di parricidio. Se potesse elevarsi alcun dubbio a questo riguardo, basterebbe a farlo svanire la discussione della legge del 28 aprile 1832; in questa discussione si legge essersi chiesto da un deputato che questo articolo non fosse esteso al parricida, ed esser questo emendamento rigettato senza discussione; ed in vero tutti i reati, ed il parricidio stesso, qualunque sia l'orrore che possa ispirare, hanno le loro proprie tinte e diverse gradazioni. Il figlio che fu colmato da suo padre di benefici e nutrito con affettuose cure, non è forse più colpevole di quello di cui dalla infanzia si fosse fatto un aspro governo e che fosse stato abbruttito con una grossolana educazione? E se la legge ha creduto a buon diritto negare alla provocazione il carattere di scusa legale del parricidio, potrebbe forse non tenerne affatto conto nell'applicazione del fatto? Non è forse il fatto modificato da questa circostanza? L'effetto reale della provocazione non è forse, in ultima analisi, quello di attenuare la reità? La legge si è dunque addinestrata morale ed umana ad un tempo; ripugnava alla coscienza proclamare scusabile il figlio parricida pel solo motivo di aver ceduto ad una provocazione, ma non era nella legge poter cangiare gli elementi della reità delle azioni. La provocazione è rimasta una circostanza attenuante del reato, ma la sua valutazione è di esclusivo criterio del Giuri.

§. III.

Dell'infanticidio.

L'omicidio commesso dalla madre su i suoi figli era dalla legge Romana messo nella classe dei parricidi: *Mater quae filium, filiamve occiderit ejus legis* (Corneliae de sicariis) *adfectur* (3). Gli antichi Giureconsulti han discussa e risolta affermativamente la questione: se l'omicidio commesso in persona di un neonato fosse compreso ne i termini della citata legge. Farinacio si esprime in questi termini: *Est casus in quo mater quae factum jam natum infanti in occidit; quo casu dubium non est quod poena mortis punitur tanquam parricida* (4). Nè meno esplicito si è Antonio Porez: *eam parricidii poena ple-*

(1) Motivi del Cod. Locre, tom. 3o, p. 477.

(2) Farinacio, Quest. 120, n. 186.

(3) Leg. 1, Dig. ad leg. Pomp. de parricidiis.

(4) Quaest. 122, N. 156.

titur nisi probet natum mortuum (5). La pena era la morte, e la deportazione in un'isola secondo il grado più o meno elevato della persona.

Il nostro antico dritto francese erasi assai più seriamente occupato di questo reato; l'editto di Enrico II di febbraio 1556 conteneva un nuovo e completo sistema di repressione. Questo editto portava « che ogni donna, la quale fosse legalmente sorpresa e convinta d'aver celato, coverto ed occultato tanto la sua gravidanza, che il suo parto, senza aver dichiarato l'uno o l'altra, o senza averne fatto consapevole un sufficiente numero di persone, senza aver detto se il neonato fosse uscito alla luce vivo o morto; o si trovasse di poi il neonato privo tanto del sacramento del battesimo, quanto della pubblica e rituale sepoltura, tale donna fosse dichiarata omicida del proprio figlio, e per pubblico esempio punita di morte con quel rigore che merita la singolarità del fatto. » Prima osservazione che nasce da questo editto, mantenuto in vigore dalle dichiarazioni di Enrico III (1586) e Luigi XIV (1708), si è che il reato da esso preveduto poggiava sopra presunzioni che tenevano luogo di prova completa. Si presumeva che la madre avesse ucciso il suo neonato quando vi concorrevano queste due circostanze: primo che la madre avesse celata la sua gravidanza e il suo parto, secondo che il feto da essa dato alla luce si fosse rinvenuto privo di battesimo e di cristiana sepoltura; il concorso di queste due condizioni era sufficiente a giustificare l'applicazione della pena (6). Questa legislazione fu con qualche modificazione adottata dalla legge Prussiana: il solo fatto di avere una giovane incinta nascosta la sua gravidanza o il suo parto è punito, qual reato distinto, con quattro a sei anni di detenzione (art. 957); se in questo caso il parto sia stato seguito dalla morte del fanciullo, e vi sieno presunzioni ma non prove evidenti dell'infanticidio, la pena è il supplizio delle verghe ed una reclusione a vita (art. 960); da ultimo quando sia certo che la madre abbia a disegno tolta la vita al neonato o nell'atto del parto o dopo, la pena è la decapitazione (art. 963). Queste distinzioni non furono riprodotte dalle altre legislazioni che

si limitarono a punire il solo fatto dell'infanticidio.

Il Codice penale del 1791 non conteneva disposizioni speciali intorno a tal soggetto; l'infanticidio era sottomesso alla regola del diritto comune e punito come assassinio o come omicidio volontario, secondo che fosse stato commesso con premeditazione o senza; il nostro Codice ha messo l'infanticidio in una categoria eccezionale pareggiandolo, come avea fatto del parricidio, all'assassinio, indipendentemente da ogni premeditazione.

Gli articoli 300 e 302 del Codice penale (349 e 352 N. 3 ll. p.) han fissato, il primo gli elementi costitutivi dell'infanticidio, il secondo la pena che gli è inflitta; noi c'intratteremo successivamente su questi due punti.

L'articolo 300 (349) contiene la seguente definizione: « L'omicidio volontario commesso in persona di un neonato è qualificato per infanticidio. Da questi termini ne consegue che il reato non esiste senza il concorso di queste tre condizioni: cioè *che si sia avuto volontà di uccidere; che il fanciullo sia nato vivo*, poichè non vi sarebbe omicidio se l'essere cui volessi togliere la vita fosse di già morto, da ultimo *che il fanciullo sia neonato*, dappoichè se ha perduto questa qualità il reato non è più infanticidio, ma semplice omicidio volontario. (a) Questi tre elementi richieggono qualche sviluppo.

Primamente, egli è chiaro che siccome l'infanticidio è un omicidio volontario, così è suo essenziale requisito che sia stato commesso con la intenzione di dar la morte. Quindi non sarebbe sufficiente una rea intenzione che si fosse svelata sia per mancanza di cura, sia per maltrattamenti contro il fanciullo; qualunque orrore potesse ispirare simile procedere di una madre, esso non implicherebbe necessariamente il disegno della uccisione; d'altra banda, la legge non ha mica richiesto il concorso di una qualunque premeditazione; la prima condizione del reato, la sua condizione essenziale, è la volontà costitutiva dell'omicidio volontario, la volontà di uccidere.

La valutazione di questa volontà non è co-

(3) *Prælectiones* in lib. 9, e d. tit. 17, N. 8.

(6) *Jousse*, t. 4, p. 16 — *Muyart de Vouglans*, p. 180.

(a) L'articolo 349 delle leggi penali delle Due Sicilie richiede un'altra condizione, cioè che il fanciullo non sia ancora battezzato o iscritto su i registri dello stato civile.

si agevole in questa specie di omicidi. Negli altri omicidi volontari basta in certo modo metter l'uccisore di fronte alla sua vittima, egli poi deve dare gli schiarimenti della sua azione. Nell'infanticidio, la dissimulazione della gravidanza, le tracce di un partoclandestino, la stessa scoperta del cadavere del fanciullo, non sono per anco che vaghi indizi del reato, dappoichè se della gravidanza e del parto si è fatto un mistero, puossene trovare la sua ragion sufficiente nel timore che ha una madre colpevole di far palesar l'onta sua, e se l'infante si è trovato privo di vita è cosa possibile che sia morto innanzi al parto, è cosa possibile ancora che la sua morte sia stata casuale conseguenza di un parto avvenuto senza i debiti soccorsi.

I medici legisti ammettono in generale due specie d'infanticidio: per commissione o per omissione; il primo si ha quando la morte sia il risultamento di violenze, l'altro quando sia conseguenza dell'errore, negligenza, disaccortezza o imprudenza della madre. Uopo è osservare che queste non sono due specie dello stesso reato ma due reati distinti; la volontà costituisce l'elemento essenziale dell'infanticidio; allorchè questa volontà non sia provata il fatto cagiva natura, rientra nella categoria degli omicidi casuali puniti dall'articolo 319. Imperantio, per spingersi una accusa d'infanticidio non è mica necessario che la morte sia stata cagionata da violenze, sarebbe a ciò sufficiente la omissione delle cure necessarie, ove questa omissione avesse potuto produrre la morte, e fosse figlia di un disegno concepito dalla madre: questo allora sarebbe un infanticidio per omissione. Questa distinzione non ha interesse alcuno in diritto; spetta ai giudici del fatto valutare le circostanze, e mettere in rilievo la intenzione del reato.

Il secondo elemento dell'infanticidio si è che il fanciullo sia nato vivo (1), ma non è mica necessario, come opinarono molti autori, che il fanciullo sia nato vitale. Tale opinione, ultimo avanzo di quella legge antica che permetteva la uccisione dei fanciulli malsani, ha per motivo che il fanciullo nato non vitale, agli occhi della legge si reputa non esistente. In appoggio di tale sistema citasi l'art. 725 Codice civile (645 LL.CC.)

(1) Decis. Cass. 1. piov. anno VII; 22 gen. e 30 giugno 1808, Dalloz, 2S, 265.

che dichiara questo essere incapace di succedere, e si conchiude che il fatto di spegnere una vita non riconosciuta dalla legge non può costituir reato. Noi non possiamo dividere questa opinione. La legge penale non si è spiegata sul grado di vitalità che debbe avere il neonato per poter la sua morte costituire un misfatto; essa non ha fissato il termine della sua vita entro uterina, nè lo sviluppo che debbe avere; basta che abbia esistito per quanto labile sia stata questa esistenza; nè anco necessaria cosa è che egli abbia vissuto della vita extrauterina, cioè che abbia avuto luogo la respirazione; se un sol movimento, un vagito attestassero questa vita, se essa paresse anche un lume vicino a spegnersi, sarebbe sufficiente a dar vita al reato. Con qual diritto si potrebbe disporre di un essere umano? qual diritto si avrebbe ad accelerare il suo corso? Si obietta che la sua morte è inevitabile, ciò è vero, ed appunto perchè una vita così fugace rimane quasi indistinta e confusa, la legge civile si mostrò ritrosa ad attribuirle dei diritti; non pertanto, questo essere che si dibatte contro la morte esiste ancora; non debbesi confondere la legge che tutela gl'interessi privati con quella che protegge la stessa umanità; può la prima rifiutarsi ad accordare i diritti di eredità al fanciullo che dee sì tosto morire l'altra non fa mica distinzione, essa non vede che un essere esistente, e il suo debito è di proteggere le ore di misera vita che a quello sono concesse; qual motivo potrebbesi addurre per negare a lui quella protezione che si accorda al malato in agonia, al vegliardo giunto al termine de'suoi giorni, al condannato a morte sino a che non sia legalmente eseguita la sua condanna? Qualunque distinzione si faccia tra il fanciullo nato vitale e quello la cui vitalità è dubbia, importa condannare a morte una moltitudine di deboli creature, covrire d'una scusa perpetua tutti i misfatti commessi in persona dei fanciulli.

Il terzo requisito del reato d'infanticidio si è che il fanciullo sia neonato. La legge ha adoperata questa espressione senza definirla, e il suo silenzio ha dato luogo a qualche difficoltà (2). Molti tribunali hanno opinato che

(2) Un fanciullo nato in uno stabilimento pubblico ed iscritto nei registri dello stato civile sotto il nome della madre, non può, dopo 14 giorni di vita, esser riguardato come fanciullo neonato — Liegi, Cass. 20 giugno 1822.

un fanciullo può chiamarsi *neonato* per tutto il mese seguente la sua nascita (1); per contrario, dei medici legali insegnano che un fanciullo debbasi tenere per *neonato* sino alla caduta del cordone ombelicale, cioè pel corso degli otto giorni seguenti alla sua nascita (2). Nella discussione della legge del 28 aprile 1832 uno dei membri della Camera dei Deputati avea proposto di aggiungere all'articolo 300 (349) queste parole che ne completavano il senso: *nei tre giorni seguenti la sua nascita*. Questo emendamento parve troppo restrittivo del senso della legge, e però non fu accettato; esso però rendeva con molta precisione il suo vero significato, e pare che questo termine sia stato adottato dalla Corte di Cassazione nell'interpretare questo articolo. Di fatti, questa Corte, dopo di aver con una prima decisione giudicato « che un fanciullo nato in uno stabilimento pubblico ed iscritto su i registri dello stato civile, non può dopo quattordici giorni di vita risguardarsi come *neonato* », in un'altra Decisione più esplicita ha dichiarato: « che la legge qualificando per infanticidio, e punendo con pena più forte l'omicidio volontario commesso in persona di un *neonato*, non ebbe in veduta che l'omicidio commesso su di un fanciullo allora uscito alla luce, o nato di recente; che le sue disposizioni non possono essere estese alla nascita volontaria di un fanciullo che ha già tocco il trentesimo giorno, e la cui nascita in conseguenza se non potè essere legalmente provata, non ha potuto almeno rimanere del tutto ignorata; che questa estensione ripugna e alla lettera dell'articolo 300 (349) del Codice Penale e allo spirito della legislazione su l'infanticidio, la quale non ha voluto proteggere con pene più severe la vita del fanciullo che quando non sia ancora circondato dalle garanzie comuni, di cui il reato può distruggere fino le tracce della sua nascita (3). Questa decisione traccia con molta nettezza i limiti tra l'infanticidio e l'omicidio volontario semplice; vi è infanticidio quando la vita del fanciullo non è ancora circondata dalle garanzie comuni, ed il reato può distruggere anche le tracce della nascita. Non vi è più infanticidio, ma omicidio volontario semplice quando la nascita sia legalmente

provata, o sieno spirati i termini prefissi per riferirsi a questa prova. Si presume allora che la nascita sia conosciuta; la protezione della legge che tutela tutti i membri della società veglia anche sul fanciullo. Or il termine per la dichiarazione del parto è di tre giorni; durante questo termine la vita del fanciullo esige una garanzia straordinaria, perchè può rimanere ignorata; dopo le sono sufficienti le garanzie ordinarie, perchè la società è in grado di proteggerla.

Questa decisione è in certo modo sanzionata da molte legislazioni straniere; l'art. 319 delle leggi Penali di Napoli è così concepito: « È qualificato per infanticidio, l'omicidio volontario commesso in persona di un fanciullo di recente nato e non ancora battezzato o iscritto su i registri dello stato civile. » Di fatti, questo battesimo e questa iscrizione facendo palese la vita del fanciullo, gli assicurano le garanzie che sono comuni a tutti i membri dello stato. L'articolo 137 del Codice Bavarese del 1813 non eleva a reato speciale la morte data ad un fanciullo se non quando sia avvenuta *nel corso dei tre giorni susseguenti alla sua nascita*. Alcune legislazioni andarono anche più in là, esse non risguardano come infanticidio se non l'omicidio volontario commesso *nel momento stesso della nascita*, tale è la legge penale austriaca (art. 122). Forse questa soluzione sarebbe più conforme al carattere speciale del reato che deriva da quella violenta affezione la quale si eccita nell'atto stesso del parto, ma sarebbe cosa assai pericolosa circoscrivere in limiti così angusti le garanzie accordate al fanciullo.

Nondimeno ella è spiacevole cosa dover dire che il Codice non abbia adottate le distinzioni introdotte dalla giurisprudenza. Dappoichè non trattasi qui di una controversia di diritto ma di mera questione di fatto. Non spetta ai giudici ma ai Giurati decidere se un fanciullo sia *neonato*, di talchè il requisito costitutivo del reato è abbandonato a capricciose interpretazioni; uno può punire come assassino l'infanticidio commesso dopo tre giorni dalla nascita del fanciullo, un altro può punirlo come omicidio volontario. La legge avrebbe schivate queste deplorabili contraddizioni fissando nella sua definizione questo elemento del neonato. Dalla definizione dell'infanticidio: *omicidio volontario di un fanciullo di recente nato* potrebbe si conchiu-

(1) Decis. cass. 20 giugno 1822, Dalloz, 28, 64.

(2) Annali d'Igiene e medicina legale, t. 16, 2^a p.

(3) Decis. Cass. 31 dicembre 1835 Sirey, 36, 26.

dere che la uccisione volontaria di un *fanciullo nascente*, cioè commessa nell'atto stesso del parto, non sia preveduta dalla legge. Questa induzione sarebbe erronea. Di fatti, non può supporre che tra l'infanticidio e l'aborto la legge abbia lasciata impunita un'azione che tiene di entrambi questi reati, nè d'altra banda potrebbe dubitare che un tale omicidio non fosse un vero infanticidio. Il fanciullo nell'atto stesso della nascita dee riguardarsi come già nato; per verità, esso non ha ancora respirato, non ha ancora vissuto della vita *extra uterina*, ma però è uscito dal seno materno, ha cessato di essere nello stato di feto, ha veduto la luce. Assurdo cosa sarebbe il sostenere che egli non sia nato perchè ha cessato di vivere innanzi che la sua nascita fosse compiuta, la stessa sua morte è la prova della sua esistenza; fu mestieri che egli fosse nato perchè gli si sia potuto togliere la vita. Da tali diverse osservazioni ne conseguita che, nello spirito del Codice Penale, l'infanticidio è l'omicidio volontario commesso su di un fanciullo nato vivo, nei tre giorni susseguenti alla sua nascita. Indi ne deriva che, quando la volontà di dar la morte non si abben provata, svanisce il reato d'infanticidio, ma la madre può esser tradotta in giudizio come colpevole di omicidio volontario cagionato da negligenza o imprudenza (1). Altra conseguenza si è che quando la madre sostenga essere il fanciullo nato morto, necessaria cosa è che si presenti al Giuri la questione: se il fanciullo sia nato vivo; dappoichè se la morte abbia preceduto la nascita, o sia stata conseguenza casuale del parto, la stessa intenzione di uccidere non sarebbe sufficiente a costituire il reato poichè mancherebbe l'elemento materiale (2).

Da ultimo, quando i tre giorni che hanno seguito la sua nascita sian trascorsi, o il fanciullo sia stato iscritto su i registri prima di compiersi questo termine, l'autore della morte non commette più infanticidio ma omicidio volontario, se abbia agito senza premeditazione e la pena va modellata colle regole comuni (3).

Rimane ancora a discutere una grave qui-

(1) Decis. Cass. 29 Mag. 1806.

(2) Decis. Cass. 1. piov. anno VII, e 7 termidoro anno VII (Dalloz, 28, 266).

(3) Decis. Cass. 13 ottobre e 17 novembre 1814. Dalloz, 28, 264 e 265. Sirey, 1815, 1, 81.

stione, cioè se la sola madre possa essere imputata d'infanticidio, oppure qualunque altra persona abbia ucciso un fanciullo *neonato*. Tutti gli antichi autori suppongono che la qualifica d'infanticidio debba darsi solo quando la uccisione del fanciullo sia commessa dalla madre. Ma il Codice Penale non ha riprodotto questa distinzione; la sua disposizione è generale; può essa restringersi alla sola madre? Pare che il sig. Carnot tenga per l'affermativa; egli opina che i motivi ed i caratteri speciali del reato non s'incontrino mica quando il reato sia commesso da mano diversa da quella della madre, e che la qualità della persona sia quella che aggrava l'atrocità dell'omicidio. La Corte di Cassazione ha rigettata questa opinione dichiarando « che avendo la legge definito l'infanticidio per l'omicidio volontario commesso su di un fanciullo *neonato* senza esigere il concorso di alcuna circostanza, perchè possa applicarsi la pena comminata contro l'infanticidio è sufficiente che l'omicidio sia commesso in persona di un fanciullo *neonato* senza esser necessaria cosa che l'autore dell'omicidio sia il padre o la madre (4). A noi pare che questa sentenza sia esatta. Il motivo per cui il Codice Penale ha aggravata la pena dell'omicidio commesso sul *neonato* non fu solamente la qualità di padre e di madre, ma perchè questa specie di omicidio suppone in sé la premeditazione, ed in ispezie, perchè il fanciullo senza difesa e senza che la società sia in grado di tutelarlo, si trova esposto agli attentati del misfatore. Or questi motivi si applicano sì rispetto al padre e alla madre che riguardo ad ogni altra persona. Del rimanente, l'art. 300 (349) non permette alcuna distinzione, e l'articolo 5 della legge del 25 giugno 1824, dichiarando che la pena di morte potrebbe esser mitigata sino ai lavori forzati perpetui *in pro della madre*, e che questa attenuazione non potrebbe aver luogo per verun altro individuo diverso dalla madre, indicava chiaramente che se la scusa era limitata *alla sola madre*, la imputabilità si estendeva a tutti.

La pena comminata contro l'infanticidio è la morte, art. 302 Codice penale (352 n. 3, ll. p.). Allorchè nella compilazione del Codice penale si trattava di adottare questa pena s'impegnò una disputa in consiglio di sta-

(4) Decis. Cass. 8 febbraio 1816; Dalloz, 28, 265; Sirey, 1816, 1, 143.

to. Il progetto del Codice portava: « Qualunque individuo autore o complice d'infanticidio sarà punito con la deportazione. » Quando questo articolo fu presentato al Consiglio di Stato non pochi membri di questo Consiglio reclamarono la pena di morte, adducendo per motivo che il reato d'infanticidio si rendeva di giorno in giorno più frequente. Il signor Treilhard rispose che questa pena avrebbe un'applicazione men sicura di qualunque altra più mite, e che i Giurati avrebbero aborrito di mandare al patibolo una madre travagliata dall'orrore della vergogna. Il sig. Campacérès opponeva che la uccisione volontaria di un fanciullo *neonato*, di un essere senza difesa è più orribile di qualunque altro omicidio, che perciò non era giusto comminargli una pena men severa; che il pudore non può servir di scusa a tanta atrocità; che d'altra banda non sempre è causa di tal reato il timor del disonore, mentre spesso vi si è spinto dall'interesse. Il sig. Berlier, parlando in sostegno del progetto, diceva: « Vi sono gravi considerazioni per non comminare l'estremo supplizio contro la madre la quale, il più delle volte, non è spinta all'atroce pensiero di disfarsi del suo figlio che per celare il suo disonore. Questo stato non è da mettersi a paro con quello di un assassino o altro omicida che ammazza senza altro riflesso che di commettere un reato. Senza dubbio, le infelici madri, di cui s'intese parlare in questa discussione, messe tra un misfatto onde raccapriccia la natura e i pregiudizii sociali, hanno più di una volta coperte di lacrime le loro vittime, e consumata con fremiti d'orrore un'azione loro imposta da miserevole debolezza. La legge però non potrebbe ammettere simile scusa per assolvere totalmente le colpevoli; per tal reato necessaria è una pena assai efficace, acciò non si rinnovelli con l'esempio dell'impunità. Ma se la legge è troppo dura, non debbesi forse temere che i suoi ministri sieno troppo indulgenti? Questi motivi mi determinano a preferire la pena della deportazione. » A malgrado di ciò, il Consiglio di Stato decise che l'infanticidio fosse punito di morte.

È da osservarsi che mentre in mente del Consiglio di Stato l'aggravazione della pena si fondava nell'atrocità del misfatto e nel bisogno di proteggere il fanciullo, la esposizione dei motivi fatta dal signor Favard ne dava altra ragione, cioè il concorso di una criminosa premeditazione. « L'omicidio volontario,

egli diceva, commesso in persona di un fanciullo di recente nato sarà punito con la stessa pena dell'assassinio. Ricordisi che dicesi assassinio qualunque omicidio volontario commesso con premeditazione. Or, non è cosa possibile che l'infanticidio non sia premeditato; è impossibile che sia conseguenza di un istantaneo moto d'ira o di odio, giacchè un fanciullo, lungi dall'ispirare tali sentimenti non può eccitare che pietà. Egli non è in grado di difendersi, non è in grado d'implorar soccorso, e per ciò la legge gli ha accordata una speciale protezione. »

Questa severità dava i frutti preveduti dal signor Treilhard e dal signor Berlier: i giurati trepidavano a mandare a morte quelle madri sventurate e colpevoli che uccidevano la prole per solo motivo di nascondere la loro onta; l'aggravazione della pena menava alla impunità. In questo stato di cose la legge del 25 giugno 1824 volle mettersi un riparo, dichiarando che la pena comminata contro la madre colpevole d'infanticidio poteva esser ridotta a quella dei lavori forzati perpetui⁽¹⁾.

La legge del 28 aprile 1832 non ha fatto che mantener in vigore questo arbitrio affidandolo alla coscienza dei Giurati. Era stato proposto un emendamento per sostituire alla pena di morte quella dei lavori forzati perpetui. Il guardasigilli vi si oppose, dicendo: « Atrocissimo fra tutti i reati è certamente l'omicidio commesso dai figli in persona dei genitori o da questi in persona dei figli. Importanto si è considerato che in alcuni casi la donna, dopo essersi sgravata, trascinata dalla vergogna e dalla disperazione, può rendersi colpevole d'infanticidio, e che perciò il suo stato meriti qualche riguardo. Perciò la legge del 25 giugno 1824 diede ai magistrati la facoltà di non pronunziare che la pena dei lavori forzati perpetui. Quale è ora lo scopo di questo progetto? quello di toglier questo arbitrio ai magistrati ed affidarlo ai Giurati. Così contro l'infanticidio sta nella legge comminata la pena di morte, ma se vi sieno circostanze attenuanti, il Giuri rilevandole può togliere la mannaia di mauo al magistrato e in luogo della morte far applicare la pena im-

(1) Questa modificazione, ancorchè reclamata dai principj di umanità e dagli stessi interessi della giustizia punitrice, non fu introdotta nel Belgio che dalla legge del 29 febbrajo 1835,

mediatamente inferiore; anzi v'ha di più, il magistrato può discendere di un altro grado. Tali sono le attenuazioni inserite nel progetto della legge. « Queste tracce ha seguito il Codice Penale (e le Leg. Pen. di Nap. nell'art. 387).

§. IV.

Dell' assassinio.

Nel nostro antico dritto la parola *assassinio* non avea mica il significato che ora gli si attribuisce; questa espressione raccolta nell'Oriente in tempo della Crociata (1), introdotta nel linguaggio legale intorno il duodecimo secolo, si applicava soltanto all'omicidio commesso per mandato e mercede: *assassinus dicitur is qui suscepta ob aliquo pecunia mediante mandato alterum occidit* (2). Così anche in questo significato le antiche ordinanze chiamavano specialmente assassini quelli che a prezzo di oro vendevano il loro braccio per uccidere ed oltraggiare, non che quelli che gli avevano così prezzolati ed indotti al malefiz.

A poco a poco la pratica andò slargando questa espressione: l'omicidio premeditato, classato fino allora nella categoria degli omicidi volontari semplici quando non fosse accompagnato da mandato, fu anche esso qualificato per assassinio, e l'articolo 11 del titolo 2. del Codice del 1791 non fece che spiegare il significato ordinario di questa parola con definirlo: *omicidio commesso con premeditazione*, senza distinguere se fosse o pur no accompagnato dalle circostanze di appostamento e di commissione con salario. Il nostro Codice se' tesoro di questa definizione modificandola solamente riguardo all'appostamento.

(1) Si addimandarono *assassini* dalla parola araba *asis* (insidiatore) alcuni settari che un Principe dell'Asia minore armava e spediva contro i suoi nemici, vedi Pasquier, t. 8, cap. 22, e Meunier nelle sue Origini, v.° *Assassinio*. Dantoni: *Praxis criminalis* indica con questa parola l'imbarazzo in cui si trovava di esprimersi su tal riguardo, p. 236, cap. 83, n. 13: e *Caeterum hic te rogatum velim, candidè loqui, ne doctus tuus offendat aures haec vocabula quibus uti sumus, assassinium, assassinator, assassinus et assassinus, quum enim proprio destitueretur vocabulo rem ipsam explere oportebat vocabulo. (Lietel inordinato) repertum commodissimum.*

(2) Farinacius, quest. 123, n. 41; Giulio Claro, § assassinus; Meunier, casu 360 n. 41.

L'articolo 296 porta: « È qualificato assassinio ogni omicidio volontario commesso con premeditazione o appostamento. »

Da queste stesse parole ne conseguiva che due elementi sieno necessari per costituire l'assassinio: l'omicidio volontario che n'è la base essenziale, e la premeditazione che n'è la circostanza caratteristica. Or, come noi abbiamo veduto nel precedente paragrafo di questo capitolo, l'omicidio volontario è l'omicidio commesso con volontà di uccidere. Per esporre dunque i caratteri dell'assassinio, e mettere in accordo questo primo reato con la circostanza della premeditazione, ci rimane definire questa circostanza, che è ad un tempo aggravante dell'omicidio volontario e costitutiva dell'assassinio (3).

Primamente è da osservarsi che noi confondiamo nella premeditazione, come avea fatto il Codice del 1791, la circostanza dell'appostamento. Questo suppone la premeditazione; esso non n'è che una specie caratterizzata da un fatto anteriore: *animus praemeditatus occidendi p. assumitur in eo qui posuit se insidiis ut hominem occideret* (4). D'altra banda ciò risulta dalla stessa definizione. « L'appostamento, parla l'articolo 298, consiste in attendere per più o meno di tempo, in uno o diversi luoghi, un individuo, sia per ucciderlo sia per commettere su di lui atti di violenza. » Or, non è forse un atto di premeditazione quello di mettersi in agguato per aspettare la sua vittima? Può mai darsi che uno si metta in un luogo per spiare l'individuo su cui vuol commettere atti di violenza senza aver prima formato il disegno di attendere questa persona? La Corte di Cassazione ha dunque a buon diritto giudicato « che non può darsi appostamento senza premeditazione, essendo quello insito in questa, e che in conseguenza la dichiarazione del Giuri portante che vi sia appostamento ma non premeditazione, contenga una contraddizione che distrugge le sue parti sostanziali, e la fa vuota di significato (5). Or se l'appostamento non è che una specie di premeditazione, la legge potea dispensarsi dal farne una circostanza

(3) Decis. Cass. 19 luglio 1811, Dalloz, t. 8, p. 88; 3 marzo 1816, Sirey, 1816, 1. 360.

(4) Farinacius, quest. 123, n. 175; Meunier casu 361, n. 37.

(5) Decis. Cass. 4 giugno 1812, Dalloz, t. 8, p. 91; Sirey 1813, 1. 50.

distinta, bastava dire omicidio premeditato per esserci incluso quello commesso con premeditazione. Dal loro carattere d'identità ne deriva anche che se pel fatto esterno, onde va costituito l'appostamento, l'agguato, non vi sieno prove sufficienti potrebbe ciò non pertanto presentarsi ai Giuri la questione di premeditazione (1).

Il segno caratteristico dell' assassinio, il fatto che lo separa e distingue dall'omicidio volontario è la premeditazione. Questa circostanza, ai termini dell' articolo 397 (351 II. p.) consiste « nel disegno formato prima dell' azione contro la persona di un individuo determinato, o anche contro la persona di un individuo indeterminato che sarà trovato o incontrato, quando anche se ne faccia dipendere l' esecuzione da qualche circostanza o condizione. »

La premeditazione è ben diversa dalla volontà criminosa. La volontà concepisce il desiderio del misfatto e gli dà subito sfogo; essa è eccitata da una occasione istantanea, non è riflessiva, cede alla passione che l' agita; si precipita nel male con la conoscenza di esso, ma trascinata dalla forza di un sentimento istantaneo. La premeditazione suppone che l' agente abbia agito di sangue freddo, perchè delibera innanzi di agire, macchina in animo il suo progetto e lo prepara, nessun impeto di passione ha fatto velo al suo intelletto; se pur passione vi fosse stata, la riflessione è venuta a calmarla, un intervallo di tempo più o meno lungo è trascorso tra il progetto e l' esecuzione, esso ebbe l' agio di mettere a calcolo le conseguenze della sua azione: non solo ha voluto il misfatto, ma ha meditato i mezzi di commetterlo, non solo si è vendicato, ma ha meditato la sua vendetta e l' ha eseguita a sangue freddo. Gli antichi autori separavano questi due distinti elementi con molta precisione: *Homocidium simplex illud est in quo occidendi animus concurrat tempore rixae; praemeditatum vero in quo occidendi deliberatio ante rixam praecedat* (2).

In sé questa distinzione è chiara, ma l' applicazione riesce assai difficile. I dottori insegnavano che debbasi presumere la premeditazione quando l' agente abbia precedente-

mente preparato le armi o gl' istrumenti necessari alla esecuzione, quando siasi messo in agguato (3), quando abbia profertile delle minacce, o dimostrato una forte inimicizia contro la vittima, quando abbia commesso l' attentato per tradimento o senza provocazione. Non ammettono però questa presunzione sia nel rinnovellamento di una rissa, sia nella molteplicità delle ferite arrecate, sia nel tempo trascorso tra la provocazione e il reato. Di fatti, può una rissa rinnovellarsi sotto l' impero di una precedente emozione di animo non ancor calinato dalla riflessione. Questa sentenza è riportata ed adottata dal Menochio: *Ego hanc eix probo quia si prima rixae fuit inopinata rixa, illa secunda praesertim si eadem die subsequatur, creditur commissa calore iracundiae et ferocitatis sanguinis*. Farinacio appoggia un tal sistema: *Quando prima rixa fuit inopinata et secunda successit durante eodem calore, licet bene crederem ex germinatione rixae presumi animum occidendi, sed non deliberatum et praemeditatum* (4).

La premeditazione non può nè anco dirsi la conseguenza necessaria dell' aver l' agente reiterato i colpi. Cosa mai indicherebbero que se ferite e questi colpi ripetuti? Essi indicano di certo e il furore dell' agente e la intenzione onde era animato, ma provano forse che questa volontà siasi deliberata prima del misfatto? Possene dedurre che l' agente nell' atto che feriva aveva il disegno di uccidere, ma la foga con che si sprigiona un pensiero non indica che questo pensiero sia stato meditato. Tale era la sentenza degli antichi autori. *Vulnerum multitudinem et atrocitatem arguere quidem animum vulnerantis fuisse ut omnino vulneratum occideret; sed non sequitur ex hoc quod jam animum praecenseris occidendi deliberatum* (5).

Di ultimo, perchè si presuma la premeditazione non è sempre sufficiente cosa che sia trascorso un certo tempo tra il pensiero del reato e la sua esecuzione. Suppongasì, per esempio, che in un accesso d' ira l' agente sia

(1) Carnot, Comm. del Cod. Pen. t. 2, p. 22.

(2) Farinacius, quest. 126, n. 169-204; Menochius, casu 361.

(3) *Voluntas externis indicis patet, et nempe si armatus incedat, si insidias ponat, quae quidem solae insidiae per se etiam delictum sunt*. Damhouderus, pag. 161, cap. 67, n. 14.

(4) Farinacius, ibid., n. 185.

(5) Menochius, ibid., n. 33; Giulio Claro, homicidium, n. 6.

corso a fornirsi di un'arma e sia tosto ritornato a scaricarla su la sua vittima. Questi brevi istanti, trascorsi tra il concepimento del pensiero e la sua esecuzione possono mai imprimere ad un'azione, sino a quel punto istantanea, il carattere della premeditazione? No, poichè l'agente non ha cessato di agire sotto l'impero d'un istantaneo perturbamento di animo: i rapidi istanti che hanno separata l'ollesia dalla vendetta non bastano per costituire la premeditazione; non si possono fissare certi limiti alla durata dell'ira, i suoi moti, la sua demenza vanno sovente oltre all'istante che li vide nascere; fino a che l'agente è sottomesso come cieco strumento alla loro influenza la sua azione non cangia di natura, fino a che la passione non gli abbia permesso di riflettere non gli si può imputare la riflessione. Tale era anche la opinione dei dottori, ma essi andarono più oltre: *Ad excludendam deliberationem, dice Farinacio, non est necesse ut committatur homicidium in flagrante rixa, in eodem actu et impetu nullo interjecto temporis spatio, sed sufficit quod ex intervallo post rixam et inde ad aliquos dies committatur, dummodo rixae calor duret* (1). Così, essi non avevano difficoltà ad estendere la durata del primo movimento d'animo a molti giorni, *aliquos dies*. Alcuni giureconsulti prolungavano l'impero di questa presunzione per trenta giorni, purchè l'agente in questo frattempo fosse rimasto sotto la emozione della provocazione: *sufficit non diverti ad extraneos actus*. Tale sentenza, uopo è confessarlo, porta l'impronta di un secolo e d'un paese nel quale i costumi davano troppo alle private vendette. Noi non ammettiamo che trascorsi molti giorni, ed anche un solo, la ragione non abbia potuto brillare tra la tempesta dell'animo dell'agente, e distrarlo dalla ispirazione del suo risentimento; quando il primo moto della passione si è affievolito subentra la riflessione e la coscienza insorge contro il reato. Forse tuttor sussiste la influenza della provocazione, ma non è più irresistibile; quindi l'agente è in colpa di non averla combattuta. D'altra banda, la premeditazione non suppone punto che il misfatto siasi disegnato di sangue freddo, essa suppone soltanto che la riflessione l'abbia preceduto, e che esso non sia il risultamento d'un primo moto d'animo. Epperò, quante

volte l'intervallo, che separa il pensiero del reato dalla sua esecuzione, sia tanto lungo da far ammettere che abbia potuto dar luogo alla riflessione, la premeditazione debbe suporsi, ma una presunzione di tale natura dee necessariamente modificarsi in vista dei fatti: solo studiando attentamente i fatti può il giudice discernere i segni e gli atti che appalesano un'azione meditata, fissare l'istante in cui la volontà, da istantanea che era, si è fissata ad accarezzare il suo progetto, da ultimo rilevare dall'insieme di essi le circostanze che qualificano la premeditazione.

Sicchè questa distinzione tra la premeditazione e la volontà non è solamente una distinzione teoretica, ma sibbene una regola pratica che debbe esser con molto studio applicata; essa non ha solamente a scopo di separare due gradazioni di reità, ma di distinguere due reati diversi. Di là ne conseguiva che, in ogni accusa di assassinio, la dichiarazione del Giuri dee versare ad un tempo e sulla volontarietà e sulla premeditazione; di fatti, è da temersi che i giurati non attribuiscono a ciascuna di queste circostanze il valore che l'è proprio, e confondano l'una con l'altra, uopo è dunque che sien proposte su di esse due distinte quistioni. Noi citeremo un esempio: non basterebbe presentare al Giuri la quistione: se l'accusato sia colpevole di *omicidio con premeditazione*, dappoichè l'omicidio, ancorchè premeditato, può non costituire l'assassinio: è mestieri che l'omicidio sia *dichiarato volontario*, cioè che sia fermata la volontà criminosa. Egli è vero che la premeditazione fa presumere la volontà, ma per comminarsi le pene vi è bisogno di fatti precisi, non già di supposizioni.

Questo avviso è confermato da una decisione della Corte di Cassazione che ha deciso non esservi contraddizione alcuna nella formula di una dichiarazione portante da una banda che erasi commesso un tentativo di *omicidio con premeditazione*, e d'altra parte che ciò era stato *senza intenzione di uccidere* (2). Di fatti, questa risposta non fa che attestare la distanza onde vanno separati questi due elementi del reato; la premeditazione non si applica al solo omicidio, ma si estende alle ferite e a tutte le violenze; essa ha in tutte le ipotesi lo stesso carattere. Per contrario, la volontà si modifica continuamente, e secondo

(1) Farinacius, ibid. n. 204.

(2) Decis. Cas. 24 feb. 1817.

le diverse gradazioni di sua reità il misfatto veste caratteri diversi. Così, nella specie della decisione che noi abbiamo citata, il fatto anche scelerato dalla intenzione di uccidere ha potuto costituir il reato di percosse o ferite cagionate volontariamente e con premeditazione.

La Corte di Cassazione ha svariate volte riconosciuto che la formola con cui il Giuri dichiara che l'omicidio volontario sia stato commesso con premeditazione è sufficiente a presentare l'idea dall'assassinio (1). Ma questo modo di presentar la questione può trarre in errore i Giurati, poichè la parola omicidio volontario è un termine complesso che contiene il fatto materiale dell'omicidio e la intenzione di dar la morte; giova dunque distinguere questi due elementi nel presentarli al Giuri. Del resto, il sistema della divisione delle questioni, che la legge del 21 Maggio 1836 ha introdotta nella nostra procedura criminale, ha fatto svanire questo pericolo.

Se la imputazione gravita su molti accusati debbasi per ciascuno di essi proporre separatamente la questione di premeditazione (2). È forse lo stesso quando uno tra loro sia imputato di complicità nell'assassinio? La Corte di Cassazione si era per lunga stagione pronunziata per l'affermativa (3), ma in due casi andò in contraria sentenza. Nel primo, il Giuri avea dichiarato nell'interesse del complice, « costare che l'imputato avesse date le sue istruzioni per commettere il misfatto, e scientemente ajutato ed assistito l'autore principale nei fatti che avean facilitata e consumata la esecuzione. » Questa dichiarazione, non avendo interloquuto sulla premeditazione fu impugnata con ricorso, che fu dalla Corte di Cassazione rigettato per motivo « che dalla dichiarazione del Giuri risultava essere stato il ricorrente dichiarato colpevole di complicità in un omicidio volontario commesso con premeditazione, e che i fatti di complicità ritenuti contro di lui contenevano la dichiarazione implicita della premeditazione nella perpetra-

zione di quei fatti (4). Nell'altro caso erano state presentate due questioni; la prima: se l'assassinio fosse colpevole di complicità d'un tentativo di assassinio per aver provocato a questa azione con doni e promesse, o per aver date istruzioni a commetterla; la seconda: se questo tentativo fosse stato commesso con premeditazione o agguato. Or la Corte di Cassazione ha dichiarato « che queste due questioni erano doppiamente inutili: 1. perchè i caratteri di complicità, quali eran precisati dall'accusa contenevano in sé necessariamente quelli della premeditazione, o del disegno formato innanzi l'azione; 2. perchè le questioni di premeditazione e di agguato, una volta risolte nell'interesse dell'autor principale, determinavano la natura dell'accusa anche relativamente al complice, mentre questi, ai termini dell'articolo 59 del Codice Penale, merita la stessa pena che l'autor principale (5).

A noi pare che questa giurisprudenza non meriti suffragio, perchè avrebbe per risultamento di far derivare dalla dichiarazione del Giuri, come implicito corollario, la esistenza di una circostanza aggravante cui va annessa la pena di morte. In generale, le dichiarazioni del Giuri non debbono dar campo ad interpretazioni; se il loro significato involge qualche dubbio spetta al Giuri di rischiarrarlo; se la Corte d'Assise non ha chiesta tale spiegazione, dee prevalere il senso più favorevole all'imputato. Dedurre da una dichiarazione implicita la reità dell'accusato, sia rispetto al fatto principale, sia rispetto ad una circostanza aggravante, importa confessare apertamente che questa reità non fu acclarata con precisione, con nettezza, che non è scerata di dubbi. Or, disaminiamo le dichiarazioni sopra riportate. Certamente agli occhi del giureconsulto chiara cosa è che chi ha provocato l'autore del misfatto a commetterlo, o chi lo ha assistito negli atti preparatori di questo misfatto, abbia agito con premeditazione; ma questa interpretazione era mai nella mente dei Giurati? v ha mai certezza che essi abbiano annesso, a queste circostanze costitutive della complicità, lo stesso senso inteso dalla Corte di Cassazione? Se

(1) Decis. Cass. 30 genn. 1814; Dalloz, t. 6, p. 264; Sirey, 1815, 1, 34.

(2) Decis. Cass. 4 florile anno X; Dalloz, t. 6, p. 270.

(3) Decis. Cass. 18 vendem. anno X, 11 messidoro anno XII, 17 prout e 23 messidoro anno XIII; Dalloz. t. 6, p. 267 e 268.

(4) Decis. Cass. 30 genn. 1814; Dalloz, t. 6, p. 264; Sirey, 1815, 34.

(5) Decis. Cass. 19 genn. 1833, Sirey, 1838, 1, 126.

vuolsi, v'ha una prova del contrario. I Giurati, nella specie dell'ultima Decisione, dopo aver risposto affermativamente sulle circostanze costitutive della complicità, avean non pertanto allontanate le circostanze della premeditazione, perciò la Corte di Cassazione dichiarava « che dalle due risposte del Giurì era risultata una evidente contraddizione, giacchè era impossibile cosa che non vi sia premeditazione in colui che abbia provocato al misfatto con doni o promesse, che abbia dato istruzioni a commetterlo, che abbia procurate le armi nella scienza che dovean servire d'istrumento al reato; che perciò quelle due risposte del Giurì veniano a ritenere e negare ad un tempo la premeditazione. » Ecco la interpretazione legale, ma quella intesa dai Giurati era ben diversa: essi non avean mica sospettato che la circostanza della premeditazione, di che voleano sgravare gli accusati, potesse esser implicita nei fatti di complicità; perciò dichiaravano costare dei fatti, ma non della premeditazione, di tal che se la questione della premeditazione non fosse stata presentata, giusta il sistema della Corte di Cassazione, la pena di morte avrebbe avuto per base una interpretazione della dichiarazione del Giurì, che il Giurì stesso proclamava falsa ed erronea. A noi pare dunque che sia giusta cosa stabilire per massima non potersi alla parola *premeditazione*, consacrata dalla legge, sostituire niuna espressione equipollente, nè doversi omettere di elevare per questa circostanza una questione apposita, qualunque possano esser le conseguenze delle tre questioni che abbian luogo. V'ha pericolo che i Giurati non attribuisce nè lo stesso significato nè lo stesso valor morale a delle espressioni, a delle frasi che quantunque sieno equipollenti, pure non rendano la stessa idea con pari nettezza e precisione.

Alla dottrina qui discorsa va congiunta una grave questione, cioè: se l'errore nella persona della vittima escluda la premeditazione nell'agente; in altri termini, se il fatto di avere scaricata un'arma su di una persona, con la volontà premeditata di uccidere, costituisca il misfatto di assassinio quando la persona colpita non sia quella cui il reo avea in animo di dar morte. Tale questione ha scisso gli antichi Giureconsulti: alcuni non vedevano in questo fatto che un omicidio casuale, altri per contrario vi scorgevano i caratteri dell'assassinio. I primi adducevano per motivo

che l'omicidio era il risoltamento di un errore, giacchè l'agente non avea pensiero di dar morte alla persona uccisa: *non potest dici in dolo fuisse cum non intendebat personam quam occidit, sed in ea erravit* (1); in appoggio di questa loro sentenza invocavano la legge *Dig. de injuriis* la quale nega l'azione d'ingiuria a colui che sia stato perverso per errore in vece di altra persona. Ecco il testo di questa legge: *si cum servo meo pugnum ducere vellem, in proximo testamentum irritus percussis injuriarum non tenor* (2). A tale sentenza gli altri opponevano che l'errore non impediva che il reo avesse agito con intenzione di uccidere con premeditazione; che se questa volontà, che la premeditazione non si riferivano alla persona uccisa, ciò non impediva che esse fossero concorse nell'atto, il che era sufficiente quantunque riuscissero inefficaci nei risultamenti: *sufficit animus occidendi si non in specie saltem in genere*. Sicitava sul proposito la legge 18 § 3, *Dig. de injuriis*, quale si può agevolmente mettere in accordo con quella che abbian citata (3), ma che dà realmente l'azione d'ingiuria a colui che l'abbia ricevuta in vece di un altro: *Si injuria mihi fiat, porta questa legge, ab eo cui sim ignotus, si quis putat me Lucium Caium esse cum sim Cajus Sejus, praevalet, quod principale est injuriam cum mihi fuisse velle; non certe ego sum, licet ille putet me alium esse quam sum, et ideo injuriam habeo* (4).

Tra queste due opposte sentenze surge una terza. Giulio Claro, quantunque opinò non doversi in questo caso diminuir la pena di un grado, dice però che se l'errore dell'agente nella scelta della vittima non distrugge l'avo-

(1) Menochius, casu 364, n. 21, e Carrius in prax. criminali, de homicidio, § 2. n. 59.

(2) Questa legge non avrebbe dovuto esser invocata perchè il padrone non commetteva un delitto aereo suo pugnum ducendo; essa ha inoltro in errore Domodero il quale opinò che l'omicidio in questo caso non potesse esser tenuto che ad *detrimtorum restitutionem et reparationem*, p. 445, cap. 85, n. 7.

(3) Ecco in qual modo Bartolo concilia queste due leggi: quando injuria inferitur in aliquem princeps palat, veritas inspicitur potius quam opinio; et cum inferitur in aliquem per consequentiam inspicitur opinio potius quam veritas.

(4) Farinocius, quæst. 125, n. 156. Peritius, l. 2, p. 180, Jousse, t. 3, p. 508.

lontà rimuove però la idea della premeditazione: *Bene verum est quod respectu istius homicidii cessat qualitas animi deliberantis* (1). Questa distinzione, a dirla schiettamente, ci avea da prima sedotti. Di fatti, ella è chiara cosa che questo fatto complesso, qualunque sia la sua qualificazione, non è omicidio involontario; dappoichè come astrarre la mente dalla volontà di uccidere che guidava il braccio dell' agente? Egli ha errato sulla vittima, ma ha colpito volontariamente la persona che si presentava a' suoi occhi. Questa volontà si è congiunta col fatto e gli ha impresso il suo carattere delittuoso; chiunque avesse avuto in mira con l' azione, essa era sempre volontaria, il colpevole ha scaricato il suo fucile, ha menato il suo pugnale non per imprudenza, ma perchè voleva uccidere. Ma puossi mai applicar questi argomenti alla premeditazione? A noi pareva che la premeditazione, essendo il disegno formato prima di attentare alla persona di un individuo determinato, difficilmente potrebbe dichiararsi sussistente quando la persona colpita non fosse quella contro cui era diretto il pensiero criminoso, di cui si era premeditata la morte. Ma questa distinzione, proposta da Giulio Claro, è forse più ingegnosa che solida; dappoichè, se la premeditazione non riguardava la persona designata a vittima, essa però vi era nell'azione. Essa al pari che la volontà di uccidere animava il pensiero dell' agente, il suo errore ha cangiato i risultamenti, non la natura del misfatto. Se ha fallito nello scopo il reo non può dire di essersi fatto al delitto non *premeditadamente*, di non averne prima formato il disegno. La premeditazione al pari che la volontà di uccidere hanno accompagnato la sua azione, la sua reità è la stessa che se fosse riuscito nell' intento, l' errore non gli può valer di scusa, giacchè anche nell' errore ha sacrificato una vittima (2).

Tale discussione però nella maggior parte dei casi non ha alcun interesse pratico, dappoichè la valutazione di questo fatto presenta quasi sempre due reati distinti: rispetto alla vittima un misfatto consumato: rispetto alla persona designata dal colpevole, un misfatto mancato per circostanze indipendenti dall' autore. Or, supponendo anche che nel-

la prima di queste ipotesi si potesse passar sopra alla circostanza della premeditazione, questa circostanza si ritroverebbe nella seconda, e nella nostra legislazione il misfatto mancato è punito come il consumato. Epperò questa disputa in sè ha poco interesse, importava però, prescindendo dalle pene che sono variabili, fissare i caratteri essenziali ed immutabili degli atti imputati.

Fin qui abbiamo veduto che il misfatto di assassinio non può esistere senza il concorso del fatto materiale dell' omicidio, della intenzione di uccidere e della premeditazione, ed abbiamo esaminata la natura di questa ultima circostanza che distingue l' assassinio dall' omicidio volontario. Dobbiamo ora discorrere qualche ipotesi, la quale non presentando questi caratteri in modo preciso, dà luogo a qualche difficoltà, intendiamo parlare della complicità del *suicidio* e del *duello*.

La nostra legislazione non ha preveduto fra i reati il *suicidio*. La legge avea mai il diritto d' intervenire, come in altri tempi, per imprimere a questo atto immorale la sua pubblica riprovazione? Non è questo luogo opportuno a disaminare una quistione che abbisogna d' immensi sviluppi. La legge Romana, improntata dei principi della filosofia stoica, riguardava il *suicidio* come un atto di forza e di virtù quando ne fosse causa i travagli delle passioni, la noia della vita o i tormenti dei morbi: *si in impatientia doloris, aut taedio vitae, aut morbo, aut furore, aut pudore, mori maluit* (3), in questi diversi casi non era comminata pena alcuna. S' incorreva nella pena sol quando colui che si dava la morte fosse in istato di accusa, o sorpreso in flagrante delitto; in questa occorrenza si puniva meno il suicidio che il reato onde esso era preceduto, giacchè la legge vedeva allora nel colpevole il disegno di sottrarsi con la morte alla condanna che lo minacciava, la confessione della sua reità. La pena che allora si comminava era la confiscazione dei beni. *Papinianus ita scripsit: ut qui rei criminis non postulati manus sibi intulerint bona eorum fisco non vindicentur, non enim facti sceleritatem esse obnozia; sed conscientiae metum in reo velut confesso teneri placuit: ergo aut postulati esse debent, aut in scelere deprehensi; ut si se interfecerint*

(1) Giulio Claro, § homicidium, n. 6.

(2) Ved. Rauter, trat. del Diritto crim. n. 62 e 63 il quale divide la opinione del nostro autore.

(3) L. 6, § 7 Dig. de re militari.

bona eorum confiscantur (1). Impertanto, nè anche in questo ultimo caso poteva applicarsi la pena della confiscazione se non quando il misfatto commesso innanzi il suicidio meritasse la pena di morte o la deportazione (2). Gli eredi però eran sempre ammessi a provare la innocenza dell'autore (3).

Il diritto Canonico adottò un principio tutto opposto; esso riguardò il suicidio come un misfatto, come un omicidio: *est vere homicida et reus homicidii cum se interficiendo innocente hominem interfecerit* (4).

In conseguenza, la Chiesa negava le sue preghiere a colui che si fosse dato la morte, purchè però avesse agito con la coscienza della sua azione (5). Grande fu la influenza esercitata da questo principio su la legislazione. Un capitulare di Carlo Magno permise le limosine e le preghiere a pro dei suicidi, ma proibì le pompe della Chiesa (6). L'imperatore addusse per motivo di questa transazione penale: *quia incomprehensibilia sunt iudicia Dei et profunditatem consilii ejus nemo potest investigare*. S. Luigi cominciò contro di questo atto la pena della confiscazione: L'articolo 1° del tit. 22 dell'ordinanza del 1670 vuole che si faccia il giudizio contro il cadavere nel caso di omicidio di se stesso. In questi tempi, dice Jousse, si condannano i cadaveri di quelli che si sono data da sè stessi la morte, ad esser trascinati su di un traino con la faccia volta a terra, ed indi ad essere appiccati pei piedi, ed esser privi di sepoltura (7). Pure la giurisprudenza scusava i sui-

cidi commessi nel parossismo di una malattia (8). A questa pena corporale molte costumanze aggiungevano la confiscazione, ma tale pena accessoria non era generale. Quanto al tentativo di suicidio la pena era la stessa che per l'omicidio volontario: *punitur tamen perinde ac si delictum consummasset* (9).

Queste disposizioni caddero nel 1791 con l'antica legislazione criminale, nè più ritornarono in vigore. Debbe forse dispiacere sotto qualche rapporto quest'abolizione. Una disposizione repressiva, colpendo il suicidio, sarebbe stata forse efficace a metter freno a questo atto? Noi non abbiamo documento che ci mettesse in grado di giudicare quale influenza abbiano potuto esercitare tali leggi su i costumi intorno a questo subietto. Non puoi dunque che per mezzo d'induzioni e probabilità valutare quali sarebbero gli effetti della penalità applicata al suicidio. In generale, non convien dissimulare che la imputazione legale non avrebbe che una potenza incerta e sovente impercettibile; le passioni e le affezioni morali che spingono al suicidio sono spesso più forti che l'autorità della legge. La sola religione ha il potere di metter freno alla volontà, perchè essa comanda alle passioni, la sua voce s'innalza in mezzo le tempeste dell'animo, e sì potente da sedarne i suoi moti.

Non osiamo però dire che qualunque disposizione sia impotente ed inefficace; iscrivere il suicidio tra i reati è per sè un vantaggio ed è quello di proclamare un'alta lezione, un avvertimento morale pei popoli, e chi sa se questa salutare riprovazione non valga a distogliere dal suicidio qualche spirito momentaneamente travolto: quando anche la legge non giungesse che ad impedire una sola morte volontaria, qual voce oserebbe di dir la inutile (10)?

Le vere difficoltà però non stanno nella im-

(1) L. 3, Dig. de bonis eorum qui ante sententiam mortem sibi consecverint, l. 1, § 22, Dig. de Sen. Cons. Silianiano.

(2) L. 3, § 1 Dig. de bonis eorum qui, ec.

(3) Damoucrio, cap. 88, n. 2 e 3, dice: *Qui seipsum interemit, is certe et corpus et animam propriam perdit. . . ut Judas qui magis peccavit desperando et per desperationem se ipsum occidendo quam Christum nequiter tradendo.*

(4) Can. 12, con. 23, quest. 4.

(5) Placuit ut qui sibi ipsis voluntarie violentiam inferunt mortem nulla prorsus pro illis in oblatione commemoratio fiat neque cum psalmis ad sepultura eorum cadavera deducantur. Can. 12. caus 23, quest. 4.

(6) *De eo qui semetipsum occidit. aut laqueo se suspendit, consideratum est ut si quis compatiens elemosinam dare tribuat et orationes in psalmodia faciat. Oblationibus tamen et minis ipsi careant.* Baluz, Capit. lib. 6, cap. 70.

(7) Trattato delle materie criminali, t. 4, p. 131.

(8) Questa eccezione era fatta anche dal dritto Canonico: *Secus dicendum est de his qui per furorem vel insaniam sibi mortem consecverunt; hi enim qui nesciunt quid agant et satis furore puniuntur culpa vacant. Can. Si quis insanians, 15 quest. 1.*

(9) Giulio Claro, quest. 68 n. 37.

(10) I suicidi, ed in ispezie quelli dei nostri giorni, hanno causa assai spesso dalla immoralità dei libri e degli spettacoli; un governo saggio ed illuminato sorvegli con sollecitudine questi due elementi di dissoluzione sociale, ed avrà adempiuto a buona parte dei doveri di legislatore.

putazione dell'atto per sè stesso ma nella scelta ed applicazione di una penalità. Le nostre leggi hanno proscritta la confiscazione, che in luogo di toccare l'agente colpisce la famiglia: e i nostri costumi non tollerarono più quei supplizi che la legge infliggeva su i cadaveri quando non poteva più infliggerli su i rei. La pena non potrebbe esser dunque in ultima analisi che una pubblica riprensione. Ma qual sarebbe l'effetto di questo biasimo privo di sanzione? di questa penalità morale pronunziata su di una tomba?

La coscienza pubblica, che riprova questo fatale morbo del suicidio, potrebbe mai approvarne la pena? In questo sistema di repressione, uopo sarebbe che una pubblica accusa si facesse ad indagare e raccogliere le cause che avessero spinto al suicidio, e lo stato mentale del suicida nel momento che si spinse a quel funesto passo. Or, quante incertezze in tali prove, quanto vaghi i mezzi d'istruzione per giungere a coprir di onta una vita che forse fu pura! Tali sono le difficoltà che a nostro avviso involuppano queste quistioni, noi facciam voti che si riesca a spianarle.

Il suicidio dunque non rientra nella classe degli assassini; esso non costituisce reato, la legge penale non l'ha guardato sotto verun rapporto. Ciò premesso ci facciamo ad elevare la seguente quistione: Può andar soggetto a pena il fatto di complicità al suicidio? Fermata in questi termini la quistione non presenta gravi difficoltà; dappoichè non vi è complicità senza un fatto principale alla cui esecuzione si rapporti; non vi è criminosa partecipazione ad un fatto che non costituisca da sè nè misfatto nè delitto (1). Epperò la Corte di Cassazione ha proclamato che la complicità di un fatto di suicidio non è punito da alcuna legge penale (2). Pare dunque massima riformata che l'agente il quale ha provocato un altro al suicidio, che l'ha aiutato ne'suoi preparativi, che gli ha somministrato gl'istrumenti e le armi destinate ad eseguire l'attentato, non sia mica soggetto a pena più di colui che fu autore e vittima del suicidio; esso ha senza dubbio commesso un atto che giammai può biasimarsi abbastanza,

ma però rimane al coverto di ogni pena; non avendo la legge apposto a reato il suicidio ha con ciò assoluto anche i complici.

La quistione però diventa assai grave quando l'agente non si è limitato a semplici atti di assistenza, quando per ubbidire alla voce dell'insensato che implorava la morte, egli ha prestato il suo braccio ed imbrandito l'arma ferale, quando egli ha consumato l'omicidio. Si eleva allora il terribile dubbio: se sia questo un atto di complicità del suicidio, oppure un reato principale, un omicidio volontario, un misfatto di assassinio.

La Corte di Cassazione ha risposto affermativamente a tale quistione, ed ha spiattevolmente manifestato il suo avviso nella specie seguente: Lefloche era stato condannato alla pena capitale come reo di assassinio, produsse ricorso in Cassazione, deducendo per motivo *che l'assassinio era stato commesso col consentimento e a richiesta della vittima*, che stauca della vita avea determinato di porre fine a'suoi giorni con un suicidio, ma non avea avuto il tristo coraggio di consumare il reato senza l'aiuto di mano estranea; queste circostanze erano state ritenute dall'accusa e dal Giurì. La Corte ha rigettato questo motivo dichiarando « che se il suicidio non è un fatto punito dalle leggi penali del regno, non può però dirsi che vi sia veramente suicidio se non quando uno si dia da sè stesso la morte; che l'atto mercè il quale una persona dà volontariamente la morte ad un'altra costituisce un omicidio volontario o assassinio, e non già un suicidio nè una complicità nel suicidio; che l'omicidio volontario non sia scusabile se non nei casi preveduti dagli articoli 321 e 322 del Codice penale; che l'omicidio cessa d'esser riguardato come misfatto o delitto sol quando sia comandato dalla legge, o dall'autorità legittima, o dalla necessità attuale della legittima difesa di sè stesso e di altrui; che poco importa che la morte sia data per consenso, per provocazione o per ordine della persona uccisa, giacchè questo consentimento, questa provocazione o quest'ordine non costituiscono un fatto di scusa ai termini dei citati articoli, nè una circostanza esclusiva della colpevolezza dell'atto, ai termini degli articoli 321 e 322 del Codice penale; che le leggi onde va protetta la vita degli uomini sono di ordine pubblico; che i misfatti e delitti contro le persone non feriscono meno l'interesse gene-

(1) Vedi il capitolo della complicità, t. 1.

(2) Decis. Cass. 27 aprile 1815; Dalloz. t. 8, p. 116; Sirey, 1815, 317, 16 novembre 1827; Sirey, 1828, 1, 135.

rale della società che la sicurezza individuale dei cittadini; che nessuna volontà privata può assolvere e far lecito il fatto che le leggi hanno dichiarato punibile senza altre condizioni o eccezioni che quelle da esse stabilite (1).

La stessa Decisione venne a riprodursi in un altro caso analogo comechè diverso. Un giovine ed una giovane avean fermato in animo di darsi insieme la morte, si eran date le poste e preparate le armi. Giunti al luogo designato, il giovane con una mano si appantò una pistola sotto il mento, con l'altra impugnò altra simile arma contro la giovane che si tenea con le proprie mani la canna appoggiata al petto; al segnale dato il giovine ubbidì; la sua ferita non fu letale, ma la compagna cadde priva di vita. Tradotto in giudizio come colpevole di assassinio, una ordinanza della Camera del Consiglio dichiarò non esservi luogo ad azione penale adducendo per motivo: 1. che se l'imputato fosse scampato alla morte, che avea tentato di darsi, non vi sarebbe stato reato, quindi non lo si poteva far risultare dal caso che gli avea salvata la vita; il secondo motivo era espresso nei seguenti termini: « un omicidio volontario, un assassinio è sempre dettato dall'ira, dalla vendetta, dalla cupidigia, ma nessuno di questi veri sentimenti ha mosso l'imputato, esso fu guidato dalla disperazione; or, se fossero sopravvissuti entrambi, potrebbero forse essere accusati di omicidio volontario o di assassinio scambievolmente? No certamente; il fatto non fu che un vero suicidio, misfatto riprovato dalle leggi di Dio e della morale, misfatto il più orribile di tutti, perchè non lascia alla vittima la virtù del pentimento, ma però non preveduto dalle leggi penali. » Da questa ordinanza fu prodotto ricorso in Cassazione nell'interesse della legge: « È questo forse un suicidio, diceva in quella Corte il Proc. Gen. Dupin? come mai i giudici han potuto sconoscere a tal segno i caratteri del suicidio? Il suicidio, come l'indica a sufficienza la stessa parola, è la uccisione di sè stesso. Ma il suicidio convenzionale! Ah è questa la prima volta che un simile atto si vede consacrato dalla giustizia. L'istoria antica c'insegna che dei padroni abusavano dell'autorità dominicale su gli schiavi per dir loro: *uccidetemi*; ma vi era là una ragion d'ubbidien-

za, contraria senza dubbio alla morale, ma che non feriva nè le idee religiose de' pagani nè le loro leggi. Qui è un uomo libero ed indipendente che accetta la missione di dar morte al suo simile, ed un tale atto può dirsi mai lecito? Perchè si è detto *uccidiamoci* e non già *uccidimi* ne viene che sia questo un doppio suicidio? Potrebbe dirsi tale se ciascuno avesse ferito sè stesso, ma qui nulla di tutto ciò, qui la stessa mano ha colpito simultaneamente entrambi. Sarebbe mai vero che la morte del suicida avrebbe giustificato l'omicidio? Ma non è rara cosa vedersi degli omicidi che cercauo poi darsi la morte: se la giustizia rimane inerte quando egli siesi mortalmente ferito lo è per non farsi un giudizio contro un cadavere, ma non perciò il fatto perde la qualificazione che gli è propria, se il reo non succumbe al suo attentato la giustizia si muove pel suo corso. D'altra banda come invocare la convenzione sanzionata dall'ordinanza? Forse una tale convenzione non è riprovata dalla morale e dalla legge? » La Corte di Cassazione, con arresto del 23 giugno 1838, adottò queste conclusioni.

Dio non voglia che ci si possa apporre d'esser nostro disegno attenuare, sotto qualsiasi rapporto, la realtà sia dell'omicidio commesso a richiesta altrui sia di un doppio suicidio. In vece, noi crediamo che questi due atti rivelino una vergognosa immoralità, che essi non solo oltraggino la morale, ma minaccino la stessa società, che la società sia nel dovere di punirli perchè suo officio è di vegliare alla sicurezza individuale dei cittadini, e di proteggere la loro vita anche contro lor voglia. Si cede facilmente al predominio di quella idea, degna al certo di lode, cioè che un fatto immorale debbe trovare il suo castigo nella legge scritta, ma quante immoralità vanno inosservate dalla legge, e coverte dall'egida della stessa società! Non trattasi mica di rilevare le piaghe dell'ordine sociale e dar vita a nuove imputazioni, debito nostro è di spiegare una legge già vigente ed applicarla tale quale esiste. Noi dobbiamo esaminare se essa abbia preveduta questa orribile assistenza prestata al suicidio, se conviene sconoscere il suo significato, forzare le sue parole per comprendervi questo atto nuovo alle sue penalità.

Primamente, è mai vero che non vi sia suicidio propriamente detto se non quando una persona si dà da sè stessa la morte? È mai

(1) Decis. Cass. 16 novembre 1827, Sirey, 1828, 1, 135.

vero che questo atto perda tal carattere quando la morte viene da mano diversa da quella del suicida? Questa assertiva, che poggia solamente su la etimologia della parola, non pare esatta. La volontà e non l'atto materiale di darsi la morte è quella che costituisce il suicidio. Chi di spontanea volontà si precipita sulla bocca del cannone, o senza necessità corre ad affrontare le palle nemiche, non è forse un suicida? Quale differenza può ingenerare nei caratteri del fatto la circostanza che l'arma sterminatrice della vostra vita sia impugnata dalla stessa vostra mano o da una macchina che voi abbiate preparata? Può forse il fatto vestire un carattere diverso dal perchè voi abbiate depositato quest'arma in mano di una persona ignorante ed ubbidiente al pari di quella macchina? Se non è la vostra mano può forse negarsi che sia la vostra volontà quella che impugna l'arma fatale? Non siete voi forse che consumate l'omicidio? E che! un uomo arma il braccio di un devoto servo, chiede imperiosamente da uno sviscerato amico la preparazione di un veleno, in una parola, egli solo medita la propria morte, ne fa i preparativi, vince con ogni ultimo sforzo la ripugnanza altrui, ed in valutare questo atto si vorrà chiuder gli occhi su gli sforzi fatti dalla vittima a proprio danno, per non guardare nel fatto che l'azione dal terzo eseguita per comando della stessa vittima? No, la straniera mano di cui egli si è avvalso, per quanto criminoso sia l'aiuto prestatovi, non è che un istrumento, un'arma di cui egli ha diretti i colpi; l'attentato non può cangiar di natura dal perchè si è cangiato il modo della sua esecuzione, il suo carattere non sta nella forma esterna della morte, ma nella volontà che la cagiona; essendo la morte il risultamento dei voleri della vittima, non può negarsi che costituisca un vero suicidio.

Ciò premesso, rimane a fissare i caratteri del fatto di colui che con tanta grossolana docilità si è indotto ad eseguire quella fatale commissione; l'orrore che esso c'ispira può forse determinarci a sceverare il suo atto dalla cooperazione prestatagli, per farne un reato a parte e distinto? Conveni forse non tener conto di quella volontà di cui egli si è costituito ad istrumento, di quella influenza onde egli era mosso, per non guardare che il suo fatto distinto e sceverato dalle cagioni che lo hanno prodotto? In una parola, que-

st'azione non è forse un atto di complicità nel suicidio? e se conviene punirlo, merita forse la pena di una grave colpa, di una imprudenza, di una grossolana disaccortezza, ovvero sceverandolo dalle circostanze che l'accompagnano e lo modificano, uopo è risguardarlo come un misfatto compiuto, come un omicidio volontario?

I motivi enunciati dalla Corte di Cassazione in pro di quest'ultimo avviso possono esser riassunti in questi termini: Quando anche l'omicidio sia stato provocato dalla stessa vittima, esso, indipendentemente da questa provocazione, contiene i due elementi del misfatto, il fatto materiale e la volontà di uccidere. Questo modo di argomentare non scioglie, ma taglia il nodo della quistione. Di fatti, non basta provare che vi sia stata volontà di dar la morte, ma uopo è anche sapere se questa volontà, in quelle sembianze che presenta nella specie, contenga il carattere criminoso necessario per costituir l'omicidio volontario, e se essa abbia subito alcuna modificazione dalla circostanza d'essere stato commesso il fatto senza violenza. In ciò sta la quistione, e l'esame di essa ci richiama ai principi della nostra materia.

È canone fondamentale del diritto Penale che non vi sia misfatto senza intenzione criminosa, e questa intenzione si trova necessariamente compresa nella volontà di uccidere, che costituisce uno degli elementi dell'omicidio volontario e dell'assassinio. Se, in analizzare i fatti costitutivi di questi reati, noi abbiamo sostituito la *volontà di uccidere alla intenzion criminosa*, lo fu soltanto per indicare che questa intenzione debba qui elevarsi sino al disegno di dar la morte; lo fu per bandire una giurisprudenza, invalsa da lungo tempo, la quale avea proclamato che la intenzione di nuocere, per quanto fosse vaga ed indeterminata, bastava a costituire l'omicidio volontario, quando andava congiunta al fatto materiale di un omicidio consumato (1). Trattandosi dunque di omicidio volontario, per volontà di uccidere uopo è comprendere la volontà di nuocere recando la morte, è questa intenzione criminosa, questa frode, questo dolo che costituisce il misfatto. Così, in alcuni casi nei quali

(1) Decis. Cass. 14 feb. 1812; 2 luglio 1819; 26 gen. 1827; 16 luglio 1828 — Dalloz, t. 28, p. 243; Sirey, 1819, 374.

la legge ha potuto prevedere che la volontà di dar la morte si trovasse necessariamente scevra da intenzione criminosa, come negli omicidi comandati dalla legge della necessità della difesa, non fa più di questa volontà la base del reato; vi è la volontà di uccidere, vi è l'omicidio, ma non vi è misfatto.

Nella legge Romana il dolore del pari un elemento necessario dell'omicidio, e per non confondersi veniva distinto dalla colpa grave: *In lege cornelia dolus pro facto accipitur ne in hoc culpa lata pro dolo accipitur* (1). Bartolo stabilisce per principio nella sua Glossa: *In poenis corporalibus lata culpa non comparatur dolo*, e Muyart de Vouglans ripeteva: *Noi chiamiamo omicidi qualificati tutti quelli che si commettono per dolo*. Or, cosa è mai nel dritto criminale il dolo, questo elemento necessario dell'omicidio, ce lo dice la Glossa con quelle parole: *dolus, id est, dolosum propositum*, ec. Muyart de Vouglans sviluppa tale regola in questi termini: « Con la parola dolo noi intendiamo quelle vili e perfide passioni che sono le più pericolose per la società, come l'odio, l'invidia, la cupidigia, la vendetta e la crudeltà. » Ed aggiunge lo stesso autore « a causa della malignità che è il loro elemento costitutivo questi tali misfatti sono egualmente riprovati dalle leggi divine ed umane. »

Questo principio si ritrova in tutte le legislazioni. La legge Ebraica non punisce l'omicidio che supponendolo accompagnato da frode ed agualo: *Si quis per industriam occiderit proximum suum et per insidias, ab altaribus meis evellat eum ut mulctetur* (2). I capitolari non prevegono che l'omicidio commesso con violenza e senza giusta causa: *quicumque casu temerario alium sine causa occiderit, vitae periculo feriatur* (3).

La stessa restrizione fu riprodotta nel Codice di Prussia. Secondo il suo articolo 86 perchè l'omicidio volontario costituisca misfatto è necessario che sia commesso *col criminoso disegno di nuocere altrui*. Da ultimo, le legislazioni che non hanno espressa questa distinzione l'hanno implicitamente supposta, avendo stabilito nell'omicidio due gradazioni, cioè l'omicidio volontario e l'assassinio; or,

nè la definizione data all'omicidio volontario pel quale s'intende l'omicidio commesso sotto l'impulso di una passione istantanea, nè la definizione dell'assassinio che suppone un maturato disegno nel reato, permettono di ammettersi in alcuna di queste due categorie l'omicidio commesso per ordine della persona uccisa, e per prestare assistenza al suicida.

Questa valutazione della volontà criminosa si travede negli stessi termini della nostra legge penale; avendo punito l'omicidio volontario e l'assassinio è chiara cosa che il Codice non abbia voluto punire se non l'omicidio commesso per frode e violenza. Di fatti, tutte le sue disposizioni suppongono essersi dal colpevole usata in qualsiasi modo una violenza. Così l'articolo 297 (351) non scorge premeditazione che nel disegno di *attentare alla persona di un individuo*, e l'articolo 296 non imputa l'agguato che quando abbia per scopo di dar morte o commettere atti di violenza, e l'articolo 309 qualifica per violenze le percosse e le ferite che punisce. Sicchè, in tutte queste disposizioni la legge non imputa che l'attentato e le violenze; in nessuna parte essa ha supposto che la morte data senza violenza a colui che l'invocava potesse andar compresa nelle sue disposizioni.

Abbiam dunque ragione a dire non esser sufficiente a costituire l'omicidio volontario o l'assassinio, che la volontà di uccidere sia stata nel pensiero del colpevole, poichè questa volontà non è sempre essenzialmente criminosa; uopo è che questa volontà sia mossa dalla malignità, dal desiderio di nuocere; uopo è che questa volontà si proponga di commettere un misfatto: or, può mai ravvisarsi concorso di questa criminosa volontà quando sieno stretti da un patto l'agente e la vittima, quando il primo non agisce che per comando della seconda, quando nella perpetrazione dell'omicidio si riuniscono e concorrono entrambe le volontà? Ella è cosa evidente che questo fatto modifica del tutto la reità dell'azione; essa non più ha per causa la violenza, la cupidigia e le più odiose passioni, ma una falsa pietà, una mal intesa devozione verso la vittima; l'interesse dell'agente non è più di soddisfare i suoi desideri personali, ma di accontentare la vittima, quest'azione dunque differisce dall'assassinio come la colpa grave dal dolo, come il danno dal misfatto, come la grossolana ignoranza da una volontà criminosa. Egli ha voluto la morte della vittima

(1) L. 7 Dig. ad leg. Cornel. de sicariis.

(2) Esodo, cap. 21, 12, v. 14.

(3) Capit. Childbert, anno 534; Baluse, l. 1, p. 197.

perchè implorata da lei stessa; ha prestato il suo braccio alla esecuzione dell'omicidio perchè la vittima invocava il soccorso di lui, non avea però formato questo disegno innanzi d'esser richiesto; non era animato da alcun interesse, da alcuna passione, la sua risoluzione fu senza dubbio immorale, ma non criminosa nel senso della legge penale; egli avea la volontà di uccidere, ma non pensava di poter nuocere togliendo la vita a chi volea morire; la sua azione è colpevole e riprovata dalla coscienza, la società deve punirla, ma non sotto la qualità di omicidio volontario o di assassinio.

La Corte di Cassazione non tiene conto dell'ordine della vittima, essa getta un velo su questa circostanza, essa proclama che la giustizia non dee metterla a calcolo, sia perchè la legge non l'ha noverata tra le scuse, sia perchè una tale convenzione è viziata d'immoralità. Ma abbiamo forse noi tentato di dirla pura da immoralità? No, il consentimento della vittima non è mica una scusa, ma è una circostanza del fatto, non si vuole legittimare il fatto, come suppone la Corte di Cassazione, ma valutarlo tale quale si manifesta, con tutti gli accessori che possono modificare la sua reità, voi volete cancellare, e a mo' di dire, riputar non scritta, come fareste d'una condizione illegale, una della circostanze essenziali di quest'azione! Ma come valutare la moralità di un fatto se voi lo guardate a brani, come giudicarlo se voi negate di prendere in considerazione l'uno o l'altro de' suoi elementi, qui l'azione materiale. là le cause che l'han provocata? L'atto che voi sottoporrete a giudizio non sarà più che una finzione, voi avrete le apparenze di un reato, ma queste apparenze sono fallaci. La convenzione dell'omicida è, dicesi, un fatto immorale che la giustizia non può riconoscere. Ma in un'accusa di attentato al pudore può mai esser vietata, a causa della sua immoralità, la prova della seduzione? Uopo è star guardigno a non confondere la immoralità dell'atto con la criminosa volontà dell'agente, non perchè il fatto sia immorale la giustizia può chiuder gli occhi su di una circostanza che cancella la reità dell'agente: la questione non sta dunque in vedere se sia vi o no immoralità, ma se si abbia intenzione di commettere quell'atto che la legge qualifica assassinio.

Le leggi straniere hanno a viso aperto toc-

cata questa materia; esse hanno espressamente preveduto l'omicidio commesso a richiesta dell'ucciso, e l'hanno elevato a misfatto distinto dall'omicidio volontario. Così, la legge Russa, dopo aver pronunziata la pena della ruota contro l'assassinio, e la decapitazione contro l'omicidio volontario, aggiunge questa disposizione: « Chiunque, a richiesta d'una persona, la uccide o l'aiuta ad uccidersi, sarà condannato alla reclusione in un forte o in una casa correzionale per sei a dieci anni (art. 834). » L'articolo 196 del codice del Brasile commina del pari la pena di due a sei anni di prigionia contro chiunque *aiuta una persona ad uccidersi o gli somministra i mezzi con cognizione di causa*. L'articolo 548 del Codice della Louisiana ha riprodotto la stessa disposizione: « Chiunque darà aiuto in un atto di suicidio o somministrerà i mezzi per eseguirlo, conoscendo lo scopo cui eran destinati, sarà condannato alla prigionia e sottomesso a servizi ignobili; questa pena non può esser minore di tre anni né maggiore di sei. Da ultimo, l'Inghilterra, cui il numero e la voga di questi suicidi spingeva ad una eccessiva severità, ha voluto pareggiare l'omicidio commesso a richiesta dell'ucciso all'omicidio volontario, ma per ciò fare fu mestieri di uno statuto distinto e speciale. Le legislazioni straniere han dunque tracciata tra questi due fatti quella differenza che la Corte di Cassazione non volle ammettere: questa distinzione non è dunque conseguenza d'una erronea ispirazione di coscienza, essa è nella natura delle cose nè puossi cancellarla senza distruggerla con sane argomentazioni.

Forse il veromotivo che spinse questa Corte ad andare in quella sentenza fu il non trovarsi nella legislazione vigente una disposizione repressiva di un atto tanto immorale e pericoloso; la pena comminata contro l'omicidio commesso per imprudenza, che sola potrebbe applicarsi all'omicidio commesso a richiesta della vittima, è una pena insufficiente; quindi i tribunali, nel silenzio delle leggi, si sono studiati di trovare migliori garanzie per la società nell'applicazione di una pena più rigorosa, applicazione poggiata sopra una dubbia analogia. Ma è forse mestieri ripetere continuamente che in materia penale la interpretazione debbe strettamente raggiarsi nei casi preveduti dalla legge? Allorché si dubita se il suo testo possa applicarsi ad una specie novella, questo solo dubbio non

mostra forse che vi è una lacuna cui la sola legge può appianare? Inoltre, può mai chiamarsi garanzia la minaccia di una pena che non sia in proporzione col valor morale del fatto? Può mai il Giuri dichiarar colpevole di assassinio colui che si presenterà con un documento col quale la vittima avea dichiarato volersi uccidere? La giustizia non debbe aver interesse ad estendere le imputazioni della legge penale, a dare ad un fatto una immeritata qualificazione. Nel foro della coscienza, e nel linguaggio legale per omicidio volontario ed assassinio s'intende l'omicidio commesso con dolo e con violenza; questa violenza e questo dolo sono gli elementi della volontà criminosa, elementi indispensabili del reato. Se queste circostanze non sono provate, l'omicidio cangia di natura; può costituire un altro misfatto, ma non mai l'omicidio volontario.

Noi però, mettendo fine a questa discussione, ci crediamo in debito di fare una distinzione pei casi ne quali il consentimento della vittima fosse strappato per forza o violenza; in tal caso non vi sarebbe più suicidio, ma assassinio velato sotto quel nome. Tale era la specie di una decisione del 2 luglio 1835, la quale ha giudicato « che nissun testo di legge permetteva riguardar come sottratte all'azion penale le ferite commesse col consentimento dell'offeso (1). Di fatti, l'è cosa evidente che in questo caso le leggi penali riprendono il loro impero. L'assassino che minaccia delle torture alla sua vittima se non consentisca a morire, e che di poi consuma il misfatto non è, per questo consentimento, meno assassino. Non è forse un assassino colui che insegue la sua vittima offrendogli una tazza avvelenata, con l'alternativa di bere o morir di pugnale? Solo quando il fatto principale offre chiaramente i caratteri d'un suicidio, e gli atti imputati si limitano a meri atti di assistenza a quel fatto principale, può la ragione titubare a ravvisarvi i caratteri del reato.

La stessa restrizione debbe estendersi ad un atto più difficile ad esser definito; vogliamo parlare d'un doppio suicidio quando sia eseguito da un solo dei due agenti. Egli è chiaro, come ha opinato anche la Corte di Cassazione, che il suicidio dell'agente principale

per nulla modifica la natura della sua azione. Che monta, in fatti, che il colpevole, dopo aver consumato il suo misfatto, ritorca contro sè stesso la mano omicida? Come mai questo tentativo di suicidio, anche supponendolo sincero, potrebbe esercitare qualche influenza sul carattere del reato che egli ha commesso? Il suo misfatto era già consumato quando egli volgevasi ad attentare ai suoi giorni, la sua esecuzione era compiuta, fissato il suo carattere, quindi non poteva esser mica alterato da un atto posteriore. Uopo è dunque disaminar la natura del primo fatto scverandolo dalla influenza del suicidio dell'agente, ed allora la questione che ne deriva è identica a quella già discussa. Epperò, i punti a chiarirsi sono: se l'agente abbia data la morte solo a richiesta e col consentimento della vittima; se questa azione costituisca un assassinio ovvero un omicidio senza frode o violenza. Nondimeno, forse giova in questa ipotesi indagare con maggior sollecitudine le cagioni di questo primo suicidio; dappoichè, vi è motivo a presumere che se l'agente avea interesse a questo attentato, ha potuto provocarlo con fingere di attentare in pari tempo anche a suoi giorni; questa provocazione, se fosse accompagnata da dolo o violenza, costituirebbe un misfatto che non potrebbe esser cancellato dal tentativo del suicidio.

In iscorcio, la legge non ha preveduto l'omicidio commesso a richiesta della vittima; sia perchè questo fatto presentasi di raro, sia perchè fosse paruto di poco pericolo, esso non ha attirato lo sguardo del legislatore; le disposizioni della legge son mute intorno a ciò: conviene forse dedurre da tal silenzio un'assimilazione combattuta dalla ragione, e contrastata dai motivi e dallo spirito della stessa legge? Noi ci siamo avvisati per la negativa; tale omicidio non è un assassinio, dappoichè gli manca l'elemento essenziale del reato, la volontà criminosa, la intenzione di nuocere; l'agente ha la volontà di uccidere ma senza frode e senza violenza; egli cede ciecamente ad un insensato desiderio, ma non ha altra colpa che di aver ceduto a questo desiderio; è omicida, ma non assassinio. Ma questo fatto merita forse una pena? Noi crediamo di sì. L'uomo non ha mai diritto di attentare alla vita altrui se non nei casi di legittima difesa o di comandi della legge. L'ordine sociale è perturbato da simili attentati, la società, quando ne abbia i mezzi, è in debito di pro-

(1) Decis. Cass. 2 luglio 1835. Sirey, 1835, 1, 812.

tegger l'uomo-dai travamenti della stessa sua volontà. Ma quest' omicidio debbe costituire un reato speciale e distinto sia nell'interesse della giustizia morale che vuole una distribuzione nelle pene, sia nell'interesse della giustizia punitrice che tradisce i precetti della legge quando la pena non è più in accordo con la gravità del reato. Ci pare dunque che sievi intorno a ciò una lacuna nella legislazione penale, giacchè l'articolo 319 (375), che abbiain creduto potersi applicare in questa specie, non sarebbe al certo che un freno impotente per tanto reato.

L'assiamo ora alla seconda quistione per noi proposta, quistione sociale e di umanità, il cui esame è diventato più necessario per la scienza da che si è ingrandita nelle polemiche delle tribune e della stampa; trattasi della repressione del *duello*, o almeno del carattere da darsi all'omicidio e alle ferite che ne derivano.

Uopo è primamente stabilir con precisione la quistione cui ci faremo ad esaminare, e sceverarla dalle circostanze accessorie che possono esser di ostacolo alla sua soluzione. Non trattasi d'imputare il duello per sè stesso, indipendentemente dalle sue conseguenze, la legge l'ha già colpito e può colpirlo ancora come atto punibile; ma non è di noi far la legge; nessuna disposizione del Codice Penale punisce la convenzione che precede il duello, o ne regola i modi e le condizioni. Nè anco trattasi degli atti di slealtà e di perfidia che possono commettersi sotto le apparenze di un duello. Se uno dei combattenti si è lanciato sul suo avversario all'improvviso quando egli non si difendeva; se sono state violate le condizioni del combattimento, non vi è più duello; la convenzione non è che un agguato, il combattimento un assassinio. quindi può a buon diritto esservi applicata la legge che punisce l'omicidio e le ferite. La quistione sta solo in vedere: se l'omicidio e le ferite, quando sieno effetto di un combattimento eseguito con lealtà, sien compresi nelle disposizioni del Codice Penale che puniscono l'assassinio o le ferite volontarie. Comechè ridotta a questi termini, pure la quistione è immensa; dappoichè, per cogliere lo spirito di una legislazione che ha serbato silenzio sulla qualificazione del duello, è mestieri prenderla dalla sua culla e seguirla nelle sue vicissitudini; uopo è di poi valutare i caratteri dell'omicidio commesso

in un duello, e raffrontare questo atto con l'omicidio volontario e l'assassinio definiti dalla legge; da ultimo, convien disaminare se questa legge, come sta concepita, possa comprendere e colpire tutte le conseguenze del duello, o se questo dubbio, e le difficoltà che s'incontrano in volerlo risolvere, debba risguardarsi come una prova di non esser questo fatto preveduto dalla legge.

Il duello deriva la sua origine dal combattimento giudiziario che presso i popoli della Germania decideva del buon diritto, e teneva luogo di tutte le prove nelle procedure sì civili, come penali. Montesquieu si studia di provare che lo scopo di questa istituzione si era quello di prevenire gli abusi del giuramento (1). Meyer, per contrario, opina che il *duell* sia derivato dall'uso, in voga presso i barbari, di cercare un presagio di vittoria in un singolar certame fra due individui delle nazioni belligeranti (2). La storia attesta che presso tutti i popoli provenienti dalla Germania era in voga questa legge del combattimento giudiziario per decidere della reità o innocenza, del buon diritto o mala fede delle parti; i capitolarj ne offrono numerosi esempi, tutte le cronache di quei tempi ne fan menzione. Era questa una specie del giuramento di Dio: « La parte avea la scelta o di questa » prova o della prova del fuoco: *aut in cam-* » *po aut in cruce*. Lo spirito cavalleresco e » guerriero della nazione, il gusto dei com- » battimenti che aumentava di giorno in gior- » no, i tornei che erano lo spettacolo predi- » letto dei monarchi, ed ove potevan essi far » pompa della loro magnificenza, contribu- » vano a dare al combattimento una segna- » lata preferenza su tutte le altre specie di » giudizi di Dio (3).

Forse non fia vano aggiungere che la facilità di difendere i propri diritti e la propria innocenza col combattimento giudiziario non era un privilegio di nascita: la sola diversità delle armi distingueva il grado dei combattenti.

Luigi VII fu il primo che tentasse di porre un freno al combattimento giudiziario; egli non lo permetteva se non quando il debito controverso eccedesse cinque scudi. Luigi IX stabilì per massima l'abolizione del-

(1) Spirito delle leggi, lib. 28, cap. 18.

(2) Istit. giud., t. 1, p. 337 e 340.

(3) Meyer. Istit. giud., t. 1, p. 337.

le battaglie, e volle sostituirvi la prova risultante dalle scritture e documenti (1). Ma questi statuti non avean vigore che ne' suoi domini particolari. Filippo il Bello tornò ad autorizzare il combattimento. Ma ormai l'obiettivo di questa istituzione non era più lo stesso; non più si provocava al combattimento per smascherare un usurpatore o soccorrere l'innocenza, ma per vendicare ingiurie o private querele. « Il solo Re, diceva Pasquier, può ora decretare i combattimenti, ma soltanto fra gentiluomini i quali fanno espressa professione di onore; dappoichè non trattasi più di reati, ma solo di difendersi da una menzogna. » Errore II, dopo la tragica fine della Châtigneraye, abolì i combattimenti autorizzati; ma quando il re si negò di assegnare il campo e il giorno, i duelli si moltiplicarono nella nazione. « In tale stagione, giusta le osservazioni di un saggio magistrato, i duelli non erano, come a questi dì, animati da un falso punto di onore, da un pregiudizio di educazione; essi erano uno spirito di rivolta contro l'autorità delle leggi e del Monarca. La nobiltà credevasi oppressa perchè non era più indipendente; essa rivendicava per diritto di nascita la libertà di finire le sue controversie colle armi alle mani (2). »

La prima Legislazione civile sul duello fu promulgata da Enrico IV. Un regolamento del parlamento di Parigi del 26 giugno 1599 avea dichiarato il duello reato di *lesa Maestà*, e comminato contro i duellisti la pena della confiscazione del corpo e dei beni come trasgressori dei comandamenti di Dio, ribelli al Re, violatori delle ordinanze, conculatori della giustizia, perturbatori del riposo e della tranquillità pubblica. L'Editto di aprile 1602 confermò ed estese questa disposizione: « Noi » gli abbiamo dichiarati e li dichiariamo rei » di lesa Maestà, e ciò va detto anche per » quelli che sfideranno per un altro, secondamente, accompagneranno o assisteranno le » dette disidie; comandiamo che sieno puniti » come tali, secondo la severità delle nostre » ordinanze, senz'chè la pena di morte e la » confiscazione dei beni possano esser mai » attenuate per qualsiasi pretesto. »

Queste disposizioni troppo rigorose non produssero alcun effetto. L'Editto di giugno 1602

ebbe in mira di abolirle e modificarle. L'articolo 5 permise alla parte offesa di domandare il combattimento in alcuni gravi casi, salvo al Re il diritto di statuire su tale domanda. A' termini dell'articolo 13 colui che tenendosi offeso avesse da sé fatta la disfida senza dimandare il combattimento, decadeva dal diritto di avere risarcimento; quelli che si battevano in duello senza permesso incorrevano la pena di morte se vi fosse accaduto omicidio, la stessa pena colpiva anche gli assistenti; da ultimo, se le due parti morissero nel combattimento, i loro corpi eran privati di sepoltura, e il terzo dei loro beni stabili destinato ad opere di pietà. (art. 14, 15 e 16). Questo editto ha servito di base a tutta la legislazione posteriore su tale materia;

L'editto di agosto 1623 portava al più alto grado la severità delle pene. Il solo fatto della disfida in duello portava la pena di morte non solamente contro i testimoni, ma anche contro coloro che avessero portato i biglietti, i loro lacchè e domestici. Il rigore di queste disposizioni facea che rimanessero non applicate; e così la legislazione sul duello non presentava che un'alternativa or di estrema severità, or di pene più miti e di amnistie. L'Editto di febbraio 1626 portava un'abolizione generale dei reati di duello, ed in pari tempo ne mitigava la pena in molti casi. In seguito di questo Editto si videro avvicinarsi rapidamente molte ordinanze, le quali, rinnovando le stesse disposizioni con reiterati divieti di violarle, provavano col loro numero la molteplicità delle infrazioni.

Furono finalmente pubblicati i due celebri Editto di Luigi XIV, di settembre 1651 ed agosto 1679. L'istoria della Legislazione offre pochi esempi di disposizioni congegnate con tanta energia. Si eran prese tutte le precauzioni non solo per punire il duello, ma anche per prevenirlo. La disfida a duello e l'accettazione di questa disfida eran punite con una prigionia di due anni, con un'ammenda uguale alla metà della rendita dell'imputato, e con la sospensione di ogni sua carica pel corso di tre anni. In caso di recidiva queste pene si elevavano a sei anni di prigionia ed all'ammenda di sei anni di entrate. Se la disfida era seguita da combattimento, ancorchè non vi fosser succedute nè ferite nè omicidi, la pena era la morte e la confiscazione dei beni; che se uno o ambidue dei combattenti fossero rimasti uccisi, la causa si faceva con-

(1) Stat. di S. Luigi, lib. 1, art. 2 e 7; lib. 2 cap. 10 e 11.

(2) Sedula della Cam. dei Pari del 14 feb. 1899.

tro la loro memoria come colpevoli di lesa Maestà divina ed umana, i loro corpi eran privati di sepoltura e i loro beni confiscati: « Riguardo a colui che sopravviva, uccidendol' avversario, porta l'Editto, oltre la detta confiscazione di tutti i beni, o nn'ammenda uguale alla metà del loro valore, nei paesi ove la confiscazione non è ammessa, sarà irremissibilmente punito di morte. » Gli assistenti al duello erano parimente puniti di morte *ancorchè nissuno fosse rimasto ucciso o ferito nel combattimento*; coloro che avessero portate le lettere di disfida eran puniti con la frusta e mandati alle galere; da ultimo, i semplici spettatori eran privati delle loro cariche, e puniti con la confisca del quartodecimo beni.

Tale fu la legislazione in vigore finò al 1791; il suo eccessivo rigorismo non produceva che le impunità. I duelli non cessarono, le condanne eran frequenti, ma d'ordinario non colpivano che i contumaci i quali sprezzavano i vani furori della legge; delle abolizioni generali venivan quasi periodicamente a proclamare l' eccesso della pena.

Innanzi di procedere oltre uopo è disaminare un argomento che si è fatto molto campeggiare in questa discussione e che vi ha dovuto esercitare una grave influenza. Si è detto: l' antica legislazione sui duelli non era che una conseguenza di privilegi; essa non applicavasi che alla nobiltà, non aveva in mira che la conservazione dell' onore e della vita de' gentiluomini, ma lasciava sotto l' impero del diritto comune l' omicidio e le ferite commesse in duello, quando questi combattimenti avessero luogo tra plebei. Questa legislazione non era dunque speciale che in riguardo alla qualità delle persone, e non già al carattere intrinseco del reato. Essa fu dunque abrogata quando la legge costituzionale venne a proclamare che in avvenire per gli stessi reati vi era la stessa pena senza distinzione di persona. Questo ragionamento avrebbe molta forza in prò della opinione di coloro che credono compreso il *duello* nelle imputazioni della legge comune; dappoichè, potrehbesi tirar la conseguenza che, aboliti i privilegi, questo atto cessando di costituire un reato speciale, si trovi compreso nelle disposizioni della legge generale.

Ma mal s' appone chi dice la legislazione dei duelli applicarsi esclusivamente alla nobiltà; per convincersi in contrario basta vol-

gere un' occhiata agli editti e regolamenti. Nel regolamento del 26 giugno 1599 leggesi: « *La Corte vieta e proibisce a tutti i sudditi del Re, di qualunque qualità e condizione si sieno, di farsi giustizia con le proprie mani in duello dei lorti onde si credessero lesi.* » L' articolo 1.º dell' Editto del 1609 porta del pari: « Noi ingiungiamo a tutti i nostri sudditi, di qualunque qualità e condizione si sieno, di vivere in pace. » L' articolo 5 dà ad ogni persona, che credesi offesa, il diritto di ricorrere al Re e di chiedere un combattimento; da ultimo, l' articolo 14, pronunciando delle pene contro i duellisti, distingue se sono nobili o plebei. nel primo caso *i loro figli saranno dichiarati plebei e soggetti a taglie per dieci anni; e se fossero già soggetti a taglie saranno dichiarati indegni d' esser nobili, di occupare alcuna carica, dignità o ufficio regio.* Negli altri editti riscontransi le stesse formole: le lettere patenti dei 14 luglio 1617 annunziano che esse hanno per obbietto d' impedire le discordie tra i signori, gentiluomini ed altri; molte dichiarazioni esprimono che esse si applicano ai gentiluomini ed altri nostri sudditi che fanno professione di portar le armi. La più parte parlano di sudditi del Re senza distinzione. A dir il vero, molti di questi atti hanno a scopo la custodia della nobiltà, e la maggior parte delle disposizioni degli editti si applicano, come abbiamo veduto, ai gentiluomini ed altri tutti che professano il mestiere delle armi. Ma queste espressioni non fanno che attestare un fatto, cioè, che in quel tempo i duelli eran frequenti solo tra coloro che per nascita o mestiere avevano il diritto di portar le armi. La legislazione non era dunque limitata a riguardo della qualità delle persone, ma soltanto applicavasi più particolarmente a coloro che abitualmente cadevano in tale reato; difatti, a questa classe di persone dovea essa dirigersi per metter freno ai disordini che volea far cessare.

L' antica legislazione del duello non era dunque una conseguenza dei privilegi della nobiltà; se essa applicavasi precipuamente ai gentiluomini, ciò avveniva non perchè fossero nobili, ma perchè eran duellisti. Il carattere proprio di questa legislazione era di costituire un codice speciale per un reato che essa distingueva dagli altri. A metter in chiaro questo principio non fa vano volgerci di nuovo alle sue disposizioni. Il duello, ancor-

chè seguito da omicidio, non era classificato tra gli omicidi volontari; esso costituiva un reato di lesa-maestà, il suo elemento caratteristico non era l'attentato contro la persona, ma l'offesa della sovranità. « La nostra autorità Reale, porta il preambolo degli Editi, è gravemente offesa da tali atti, mentre un privato ardisce senza nostro permesso dar campo a tali combattimenti nel nostro reame e farsi giustizia colle proprie mani. » Però, vedesi chiaro che la usurpazione del potere, l'attentato all'ordine pubblico, erano i caratteri distintivi del duello, le cause onde la legge era animata in punirli; essa non riguardava sotto il rapporto delle persone che lo commettevano, ma sotto i caratteri che presentava il reato per sé stesso; essa puniva non tanto l'omicidio quanto l'atto del duello. Perciò la pena aveva tre gradi, cioè per la disfida, per l'accettazione dei patti e pel combattimento; le conseguenze più o meno funeste nulla aggiungevano al rigor della pena. Da ultimo, la legge esplora con sollecitudine le cause del duello per poterle rimuovere, essa istituisce dei giudici del punto d'onore per valutare le lagnanze delle parti, punire le ingiurie, e decretare il risarcimento. In Parigi, i Marescialli, nelle province i governatori e luogotenenti generali eran rivestiti del diritto di decidere sulle offese di onore, e talvolta riuscivano a prevenire il duello con farne svanire il motivo. Questa istituzione, che era puramente preventiva, ed applicavasi agli insulti e alle querele, sorgenti del duello, era la sola disposizione che fosse speciale alla nobiltà (1). Così questa legislazione era completa; essa valutava il duello nel suo carattere intrinseco e ne sommettea la repressione a regola speciale, ma queste disposizioni e queste regole eran attinte dalla stessa natura e dalle circostanze del fatto; essa puniva

non il reato di una classe di persone, ma il reato per sé stesso. Non v'ha dubbio, questo reato era d'ordinario commesso dalla classe nobile, ma se questa circostanza ha potuto influire sulla misura della pena, non ha per nulla modificato la imputazione in sé stessa. Siamo ormai giunti alla legislazione novella. Il Codice Penale del 25 settembre 1791 serba silenzio sul duello; il suo ultimo articolo implicitamente abrogava la legislazione speciale né vi sostituiva altra disposizione a malgrado che fosse stata richiamata su tal subietto l'attenzione dell'Assemblea Costituente. Nel 1789, 79 *bagliaggi* del clero avean sollecitato il mantenimento delle ordinanze sul duello, 56 *bagliaggi* del terzo stato chiedevano, del pari, leggi severe su tale materia, per contrario 98 sollecitarono la soppressione di queste leggi. La nobiltà non avea fatta petizione alcuna su tal riguardo. Due mozioni furon fatte, due progetti presentati all'Assemblea, dei quali uno del sig. Lanjuinais, ma entrambi rigettati. Quale interpretazione dare a questo rigettamento, a questo silenzio?

Noi non abbiamo difficoltà a dirlo, a' nostri occhi questo silenzio è una grave presunzione che il duello sia rimasto fuori le disposizioni della legge penale. Di fatti, dopo è ricordare che in compilarsi questa legge si aveva innanzi agli occhi la legislazione speciale onde era stata per due secoli governata tale materia, che per due secoli il duello non era stato punito come un omicidio, ma come un reato di lesa-maestà, un perturbamento dell'ordine pubblico: che nei secoli precedenti non solamente era immune da ogni pena, ma era ancora autorizzato e garantito dalle stesse leggi come una istituzione sociale. Or, come ammettere che in questo stato di cose il legislatore abbia concepito il pensiero non solo di cangiare il valor morale della imputazione, i requisiti della penalità e le pene del duello, ma ancora di operare tale cangiamento in un modo implicito e senza dichiararlo espressamente? Senza dubbio egli poteva novare il duello nella classe degli omicidi, poteva limitarsi a punire le sue conseguenze assoggettandole alle pene comuni, ma una tale modificazione, quando abbate una legislazione durata da secoli, delle regole già riconosciute dall'uso, delle nozioni addiventate universali, debbe essere altamente proclamata; il legislatore teme le incertezze e le dubbiezze del giudice, egli le prevede e si

(1) Nella *Gazzetta dei Trib.* del 16 dicembre 1837 leggesi questa frase inserita nella requisitoria del sig Dupin: « Essa, l'antica legislazione, era eccezionale sotto un solo riguardo, cioè, che non sommetteva i duellisti al giudizio dei tribunali ordinari, ma a quello del trib. dei Marescialli. La giurisdizione dei Marescialli non giudicava che delle esportazioni di punto d'onore con qualunque tentativo di duello. Il fatto del duello in tutti i casi sfuggiva alla competenza dei giudici ordinari e delle Corti de'Parlamenti. (Editti ed ordinate del 1626, art. 12 e 17, 1643, art. 8; 1651, art. 5 e 13; 1670, tit. 3, art. 12) »

studia dileguarle anticipatamente fissando con nettezza le regole nuove che vuol sostituire alle antiche. Qui nulla di tutto ciò. Il legislatore abolisce la legge del duello e poi si tace. Non v'ha dubbio, egli punisce l'omicidio volontario e l'assassinio, ma perchè non dire che l'omicidio commesso in duello andava compreso in questa categoria? Come non prevedere le immense difficoltà che nascevano da tale interpretazione? Come non esprimersi chiaramente allorchè intendeva dare per la prima volta al duello questo nuovo carattere d'imputazione? Noi lo ripetiamo, il silenzio serbato dal Codice in quel tempo, alla vista dell'antica speciale legislazione, ci fa presumere una lacuna nella legge.

Tale era anche il sentimento del sig. Merlin espresso nel suo *Repertorio*: « Il Codice Penale del 25 settembre 1791, dice egli, serba silenzio sul duello, e da tal silenzio ne risulta chiaramente che il duello non può tenersi come un reato punibile dai tribunali (1). » Questo dotto Giureconsulto aggiunge dopo nelle sue *Questioni di diritto*: « Qual frutto è venuto dai sconosciuti Editti di Luigi XIV contro il duello? Essi non han potuto reprimere il duello, anzi forse lo han renduto di uso più frequente; queste considerazioni han determinata l'Assemblea Costituente, allorchè si occupava delle riforme delle leggi penali, a non comprendere il duello nella classe dei fatti qualificati delitti o misfatti. Il suo silenzio su tale subietto equivaleva ad un espresso divieto di punire i duellisti quando avessero lealmente osservate le leggi impostesi pel combattimento. »

Il sig. Merlin, in sostegno della sua opinione, cita due atti del potere legislativo, onde si sono di poi tirate le più opposte conseguenze. Il primo è un Decreto dell'Assemblea Nazionale del 17 settembre 1792, così conceputo: « L'Assemblea Nazionale, considerando che dopo i primi momenti della rivoluzione, i contrasti delle opinioni spinsero non pochi cittadini a provocazioni che non sarebbero succedute, se essi avessero avuto il tempo di riflettere e di non consultare che i loro reali sentimenti; che da ciò ne vennero delle processure criminali, onde furon tolti alla società degli uomini che potrebbero esserle utili, e che l'indulgenza dell'Assemblea nazionale ha diritto di richiamare, decreta quanto segue:

Ogni procedimento penale intentato contro i cittadini, dopo li 14 luglio 1789, a causa di diside a duello, rimane abolito. » Quali conseguenze debbonsi trarre dai termini di tal decreto? Prima mente è mestieri fare una distinzione: Questa abolizione parziale rimonta ai 14 luglio 1789, ed allora vigeva l'impero degli antichi editti che punivano il duello; in forza di questi editti erano state intentate delle processure ed emesse delle sentenze contro i duellisti. L'Assemblea Nazionale abolì questi giudizi e da ciò nulla puossi inferire che giovi ad interpretare il Cod. Pen. del 1791. Ma il Decreto non si applicava soltanto alle processure e giudizi intentati sotto il regime degli Editti, esso abbracciava tutto il periodo di tempo trascorso dalla promulgazione del Codice Penale del 25 settembre 1791 fino al 17 settembre 1792: or, i partigiani della opinione, che riguarda il duello come colpito dalla legge, ne tirano la conseguenza che i fatti del duello eran preveduti e puniti dal Codice, mentre sotto il suo impero si erano intentate delle processure e renduti dei giudizi, di tal che ci fu mestieri di un Decreto per amnistiarli.

Ma non si è osservato che supponendo ragionevole questa osservazione non discende da essa le conseguenze che sonosi tratte. Queste parole: *sotto pretesto di provocazione a duello* abbracciano certamente tutte le processure motivate da un duello, ma comprendono ancora, anzi pare che designino precipuamente le semplici provocazioni: or, i partigiani della opinione che novera i duelli tra i reati comuni non mirano che a' suoi risultamenti, e non mica alla *provocazione*, e nè anco ai patti che lo precedono; essi nè anco pretendono che questa provocazione sia implicitamente compresa nelle disposizioni del Codice del 1791. Il Decreto dunque per nulla appoggia il loro sistema; ove si volesse ritenere per inconcussa questa prova, esso proverebbe troppo; dappoichè, siccome il decreto non fa distinzione alcuna, sarebbe mestieri conchiudere che anche le semplici *diffide* eran punite sotto l'impero del Codice. A noi pare che per ben valutare tale provvedimento sia uopo rapportarsi ai tempi in cui fu emesso. Se anche ai nostri dì le più semplici leggi vengono sì stranamente interpretate, qual meraviglia che in quei tempi, nei quali le leggi antiche scrollavano a poco a poco sotto i reiterati colpi del legislatore, ne quali a fian-

(1) *Repertorio*, art. duello.

co di sopprime giurisdizioni altre giurisdizioni, appena istallate, entravano con incerti passi all' esercizio di funzioni mal comprese, ed applicavano timidamente una legislazione confusa i cui opposti principi si urtano fra loro, qual meraviglia, ripetiamo, che in quei tempi di confusione e di anarchia legislativa, gl' inesperti legislatori abbiano continuato ad applicare delle leggi non abolite che implicitamente, e dedotti in giudizio, anche dopo il Codice Penale, dei fatti che per tanto tempo erano andati soggetti a processure? Il Decreto fu appunto necessario per metter fine a queste illegali processure, per abolire questi erronei giudizi forse passati in cosa giudicata. Questo decreto non suppone e non mette in chiaro che un solo fatto, cioè il disordine giudiziario di quel tempo; esso non proclama nè abrogata nè vigente alcuna legge; la legislazione si era pronunziata su di ciò; se esso poggia unicamente sopra un motivo d' indulgenza, ancorchè questo motivo non potesse realmente applicarsi che alle processure intentate sotto l' impero degli Editti, ciò fu perchè non conveniva alla politica dell' Assemblea di addurre altra ragione, e nel mentre chiamava i cittadini alla pace e fratellanza, proclamare che i duelli eran garantiti da legale impunità.

Il secondo atto legislativo, emanato su tale materia, è il decreto del 20 Messidoro anno II, di che giova riportare il testo: « La Convenzione Nazionale, udito il rapporto del suo comitato di legislazione, sulla relazione del tribunale Criminale del Dipartimento di Senna ed Oise che presenta la quistione: » Se le disposizioni dell' articolo 11 Sezione 4. » Codice Penale militare debbano applicarsi » alla provocazione a duello fatta dal militare inferiore al suo superiore fuori servizio; » considerando che l' applicazione della » legge debbe esser ristretta al solo caso da » essa preveduto, e che questo articolo non » contiene motto che possa applicarsi alle » disfide a duello, dichiara che non vi sia » luogo a deliberare; — rinvia alla commissione della revisione e compilazione completa delle leggi l' esame dei mezzi a proporsi » per impedire i duelli; e la pena da infliggersi » a coloro che sen rendessero colpevoli o li » provocassero. Il presente Decreto non sarà pubblicato per le stampe, ma ne sarà spedito un esemplare manoscritto al tribunale Criminale di Senna ed Oise. »

Da questo Decreto rilevasi ad evidenza che allorchando fu emesso non eravi alcuna disposizione legislativa sul duello. Ma tale conseguenza fu contrastata: si è detto, questo Decreto non risolve che una quistione di militar disciplina; non trattavasi che di mantenere la subordinazione, che d' impedire le disfide inferiori a superiori, che d' interpretare l' articolo 11. Sezione 4^a del Codice Penale militare del 12 maggio 1793; la legge generale è in tutto estranea a questa circostanza. Questa obiezione ci pare poco fondata: senza dubbio, il rapporto non presentava che una quistione di militar disciplina quantunque elevata da un tribunale ordinario; ma tale quistione richiama l' attenzione del legislatore sulla legislazione generale del duello, e non era mica circoscritta, come si è creduto, nei limiti dell' affare dedotto col rapporto. Il progetto avea dunque due obietti diversi, conteneva due disposizioni distinte. La prima è relativa al rapporto, essa dichiara che il Codice Penale militare non si applicava alla provocazione in duello; la seconda ha per obietto la repressione d' duello in generale; essa ordina rinviarsi alla Commissione delle leggi l' esame: dei mezzi a proporsi non solo per metter fine alle disfide da inferiore a superiore e d' impedire duelli militari, ma per far cessare tutti i duelli senza distinzione e per statuire delle pene contro coloro che sen rendessero colpevoli o li provocassero senza far distinzione tra militari e non militari. Or, ciò non era forse lo stesso che proclamare la lacuna della legge, la mancanza di qualunque mezzo di repressione? Se i duelli o le loro conseguenze fosser comprese nelle disposizioni del Codice del 1791, la convenzione avrebbe mai delegato alla commissione delle leggi il carico di proporre un progetto per impedire e punire duelli? Si aggiunge che la stessa legge militare prescrive ai giudici militari di applicare le pene comminate dalle leggi comuni a tutti i casi non preveduti dalla legge speciale. Se il Codice Penale del 1791 avesse comprese nelle sue disposizioni le conseguenze del duello, non vi sarebbe quella lacuna, o almeno sarebbe solo per le disfide. Debbesi dunque necessariamente vedere in tale Decreto la più evidente prova del silenzio del Codice del 1791.

La Commissione delle leggi non adempì al carico avuto, e da allora il legislatore non si è

più occupato del duello. Il Codice del 3 brumaio anno IV, la legge del 25 frimaio anno VIII, e le leggi criminali che si sono succedute non ne fecero motto; del pari, certa cosa si è che niuna procura fu intentata, nessun giudizio renduto per omicidi o ferite commesse in duello.

In questo stato di cose fu preparato, compilato e promulgato il Codice Penale del 1810; del pari che i codici onde fu preceduto, egli serba un assoluto silenzio su la repressione del duello; eppure per ben due volte erasi elevata la quistione relativa all'applicazione della legge del 1791. Tale quistione proclamava nella legge una lacuna, un dubbio che era d'uopo appianare, ma la legislazione rimase muta su di ciò: le discussioni del Consiglio di Stato rischiararono successivamente tutte le disposizioni del Codice, fissarono il significato e la forza di ciascuna di esse, e intanto la parola *duello* non fu mica pronunciata. I motivi del Codice furono spiegati dagli oratori del governo, e del duello non fu fatta menzione alcuna. In sì cupo silenzio, una voce, una sola voce si eleva per interpretare le disposizioni della legge che punisce l'omicidio e le ferite volontarie, per dichiarare che le ferite e gli omicidi commessi in duello vi erano implicitamente compresi. Ecco il testo di questa interpretazione data da Monseignat: « Voi forse dimandate perchè gli autori del progetto della legge non hanno particolarmente designato l'attentato conosciuto sotto il nome di duello; ciò avvenne perchè esso trovavasi compreso nelle disposizioni generali che vi sono proposte. Il progetto non doveva designare una specie in un genere di cui vi descriveva i caratteri. Se la morte è il risultamento della difesa opposta ad un assalto inopinato, ad una provocazione improvvisa e a mano armata, può secondo le circostanze e la violenza dell'aggressione esser classificata tra i misfatti legittimi o scusabili. Se il duello fu conseguenza immediata di minacce, di jattanze, d'ingiurie, se i combattenti furono forse trascinati dall'impeto della passione, se hanno agito nel bollore dell'ira, i duellanti saranno classificati tra gli omicidi volontari; ma se essi hanno meditato, progettato, concertato precedentemente, se la ragione ebbe tempo a parlare alla loro mente, ed essi hanno sprezzata la sua voce, se a disprezzo dell'autorità han cercato in un arma

» omicida la vendetta che doveansi aspettare » dal brando della legge, essi saranno degli » assassini. Invano vuolsi invocare a scusa » la convenzione passata tra i duellisti, e la » reciprocità dei pericoli che han voluto » correre in un'azione la quale d'ordinario » non offre che le apparenze di volontarietà; » e come d'altra banda dir che sia un uso legittimo della propria libertà l'orribile alternativa di uccidere o farsi sgozzare? Senza dubbio, l'aureola di una falsa opinione copre e protegge i colpevoli, essa li disvia e li aizza con false idee sulla bravura, sull'onore e la vendetta; questa falsa opinione giunge forse a persuaderli che è dei vili attendere dal lento corso della giustizia il risarcimento d'un'ingiuria, e che ai tribunali debbon solo denunziarsi le contestazioni relative ad interessi pecuniari. Non lice alla legge venire a transazione con sì assurdo pregiudizio. »

Tali furono le parole del relatore della Commissione del corpo legislativo; esse costituiscono il solo documento che ha potuto infondere il dubbio in alcuni spiriti, e sparger qualche nebbia sul significato della legge. Noi non intendiamo contrastare l'autorità di tali parole; così, a spigolar studiosamente e nei rapporti e nelle discussioni delle leggi tutto ciò che può rischiarare il loro testo, noi non osiamo rigettar con leggerezza una opinione professata al cospetto di uno dei poteri dello Stato e con l'assenso d'una Commissione; ma qualunque sia il nostro rispetto per queste parole, non possiamo preferirle ai testi della legge, se questi testi son contrarii. In ciò sta tutta la quistione, e noi fra poco ci faremo a discuterla. Giova soltanto osservar qui che la opinione professata dal signor Monseignat non eccitò alcuna approvazione, alcun dissentimento; che essa passò quasi inosservata e rimase isolata ed inefficace innanzi ad una legge muta su tal subietto, cui essa dava un significato non attribuitole nè dalla discussione del consiglio di Stato, nè dalla esposizione dei motivi degli oratori del governo. Uopo è anche ricordarsi che il relatore non poteva aver maggiore autorità della Commissione onde emanavano i suoi poteri o di cui egli era il rappresentante, che questa Commissione, scelta dal Corpo legislativo, non avea maggiori poteri di questo stesso corpo di che era la *viva voce*; da ultimo, che il corpo legislativo non era una delle branche

dei poteri concorrenti alla formazione della legge. Epperò, quanto potrebbesi dedurre da quel discorso sarebbe che uno dei poteri, cui era deferito il voto della legge, ha potuto pensare che questa legge debbasi applicare agli omicidi e alle ferite commesse in duello; ma questa stessa induzione sarebbe troppo estesa, dappoichè se la Commissione del corpo legislativo poteva discutere i progetti della legge, questo corpo stesso non poteva che dare il suo voto in silenzio senza approvarne i motivi.

Il signor Merlin ha molto nitidamente valutato il riguardo che debbasi avere della opinione dei membri della Commissione: « Tutto ciò che puossi dedurre da tale rapporto, dicea questo dotto magistrato, si è che la Commissione, di cui Monseigneur era l'organo, pensava come egli; ma dall'aver essi creduto di trovar nella legge ciò che non viera, non ne siegue punto che essi abbiano, con la loro opinione manifestata ufficialmente, riempita la lacuna che la legge presenta. Dopo che il progetto del Codice Penale fu presentato al corpo legislativo vi furono molte conferenze tra il Comitato di legislazione del Consiglio di Stato e la Commissione del corpo legislativo, ed io che ho assistito a tutte queste conferenze posso assicurare che in nessuna si fece parola del duello. Sicchè, quanto la commissione del corpo legislativo ha detto sul duello l'ha detto di proprio moto, e precisamente in opposizione a ciò che erasi verbalmente stabilito tra i membri del Comitato di legislazione del Consiglio di Stato; dappoichè essi avevano al pari della Commissione volto il pensiero al duello, ma avean creduto dover in ciò imitare il silenzio dell'Assemblea Costituente (1) ». Noi raccogliamo con trasporto questa testimonianza del

gran magistrato che fu uno dei più operosi compilatori del Codice Penale. Quando colui che prese parte a tutte le deliberazioni del Consiglio di Stato, affermò che la intenzione del legislatore era di escludere dalle disposizioni di questo Codice e il duello e le sue conseguenze, queste parole non debbon forse contralanciare quelle del signor Monseigneur? Non era forse il primo, meglio che il secondo, nello stato di conoscere le vere intenzioni del legislatore, il suo vero spirito? non dee forse la sua opinione essere avvalorata dall'autorità onde è chiaro il suo nome?

Pare però che s'a mestieri discorrer più minutamente il modo come si formavan le leggi in quel tempo. Sotto la costituzione del 22 frimaio anno VIII, i progetti di legge non giungevano al corpo legislativo che dopo di essere stati presentati al Tribunato, il quale li discuteva, ne votava l'adozione o il rigettamento e spediva tre oratori scelti nel suo seno per sostenere la sua opinione avanti il corpo legislativo. Il Tribunato fu soppresso dal senatoconsulto del 19 agosto 1807, e il corpo legislativo ebbe novella organizzazione: sceglievansi da' suoi membri tre commissioni di legislazione, di amministrazione e di finanze, per esaminare i progetti elaborati nel Consiglio di Stato; in caso di discordanza, la commissione si riuniva con la sezione del Consiglio di Stato che avea compilato il progetto per procedere a novello esame; se il progetto era adottato, il Presidente della Commissione andava ad aringare innanzi il corpo legislativo dopo che l'oratore del corpo legislativo avea esposti i motivi della legge. Pare che dai processi verbali del Consiglio di Stato risulti anche essersi modificate nella pratica le disposizioni del Senatoconsulto del 19 agosto 1807. La Commissione di legislazione faceva le sue osservazioni sui progetti comunicate; queste osservazioni, esaminate da prima dalla sezione di legislazione, onde emanavano i progetti, eran dipoi sottomesse alle sezioni riunite del Consiglio, ed adottata la compilazione definitiva presentavasi al corpo legislativo da uno dei membri del Consiglio di Stato; il progetto era inoltre comunicato alla Commissione e il voto del corpo legislativo seguiva il rapporto che era fatto a nome di questa Commissione. Tale era il circolo che percorrevano invariabilmente le discussioni del Codice Penale.

(1) Ved. *Questioni di diritto, articolo Duello*. Il signor Proc. gen. Dupin ha parlato innanzi la Corte di Cassazione alcuni tratti d'una lettera drettagli dal signor Merlin per fargli conoscere che alla lettura delle sue requisitorie egli avea modificata la sua opinione. Questa gentile cortesia usata dall'illustre vecchio col suo eloquente successore non ci pare che possa sotto alcun rapporto menomare il peso della sua testimonianza. Il signor Merlin nelle sue *Questioni di diritto* non ha solamente emessa una opinione, ma esposto di fatti la cui valutazione rimane sempre la stessa.

Questi particolari sono quasi assai importanti, perchè indicano il valore che debbe attribuirsi alle parole del signor Monseignat. Il capitolo primo del titolo secondo Codice Penale fu discusso per la prima volta dal Consiglio di Stato nella seduta degli 8 novembre 1808: una seconda compilazione fu preparata e messa di nuovo in discussione li 26 agosto 1809: i processi verbali fan fede che in entrambe queste sedute, ove furono esaminati tutti i casi di omicidi, non si era fatta parola del duello. Adottato il progetto, fu comunicato alla Commissione di legislazione del corpo legislativo; questa Commissione impiegò in esaminarlo le due sedute dei 29 dicembre 1809 e 2 gennaio 1810, facendovi molte osservazioni. Furono rilevate non poche interessanti lacune; si è proposto di fissare l'istante in cui comincia ad andar soggetto a pena il tentativo del veneficio, di comminare una pena speciale pel tentativo premeditato di omicidio non seguito da alcun risultamento ma si tenne profondo silenzio sul duello. La sezione di legislazione del Consiglio di Stato combattè molte di queste proposte; il Consiglio si riunì li 18 gennaio 1810 per esaminare ed fissar la compilazione definitiva del progetto. Questo progetto fu allora presentato al corpo legislativo dal Consigliere di Stato signor Faure, il quale nella seduta del 7 febbraio 1810 fece la esposizione dei motivi: è noto che questa esposizione ufficiale non fa menzione alcuna del duello. Da ultimo, il 17 febbraio seguente, il signor Monseignat fece un rapporto in nome della Commissione legislativa: « Io vengo, diceva egli, a rendervi conto dei motivi che han determinata la vostra Commissione di legislazione a dare il suo voto in favore del quinto progetto di legge che tratta dei delitti e misfatti contro le persone. Questo rapporto fu seguito dal voto del corpo legislativo.

Da questo corso della discussione non pare forse risultare che la Commissione legislativa era rivestita di due distinte funzioni? Chiamata a concorrere alla compilazione della legge essa suppliva in questo lavoro il tribunale, compieva uno dei carichi di quello; ma quando queste osservazioni erano state discusse dal Consiglio di Stato ed il progetto era ufficialmente presentato al corpo legislativo, cangiarono le sue attribuzioni; essa non era più che l'espressione di questo corpo, incaricata ad esaminare in suo nome il progetto e

di manifestare in un rapporto il suo voto di adottamento o di rigettamento. Questa distinzione spiega la differenza che intercede tra la esposizione dei motivi fatta dall'oratore del governo ed il rapporto della Commissione: la prima esprime i veri motivi della legge, il pensiero del legislatore, lo spirito che l'anima: questa esposizione è a mo' di dire il complemento della legge: è il riepilogo di tutte le discussioni che l'han preparata, lo sviluppo dei principi che la dominano; per contrario, l'altro non espone che i risultamenti dell'esame della Commissione, non ha altro carico che di sciorinare i motivi delle sue determinazioni; questi motivi sono attinti dalla opinione della Commissione e non già dalla stessa legge; i motivi che determinano la Commissione possono esser erronei anche quando adottò il progetto; ma il suo errore non vizia il suo voto. Da questa osservazione ne deriva che il rapporto del signor Monseignat non debba esser mica riguardato come una esposizione di motivi, ma solamente come la espressione dei motivi che indussero la Commissione ad adottare il progetto. L'opinione che egli ha manifestata sul duello può esser quella della Commissione, ma non la opinione dei compilatori del Codice, che soli potevano spiegare il significato e lo spirito della legge; questa opinione dunque non può aver diritto che ad un'autorità molto lieve. Noi anzi crederemo non doversi le parole del signor Monseignat riguardare che come una sua opinione personale, ed a ciò siamo indotti dal riflettere che le osservazioni fatte da quella stessa commissione, di cui egli era il rappresentante, non presentano alcuna traccia di questa opinione, mentre queste osservazioni avean per oggetto di segnare le lacune e le oscurità del Codice Penale in ciò che riguardava i misfatti contro le persone.

Si dà molta importanza al fatto di non esservi stata da parte degli oratori del governo protesta alcuna contro questa opinione. Ma come poteva farsi tale protesta se al rapporto seguì immediatamente la votazione di questa parte del Codice? Qual interesse vi era a fare tale protesta? L'opinione del relatore poteva tenersi di tanto peso da render necessaria una confutazione? che importava al governo imperiale che si elevasse qualche dubbio sul senso della legge penale quando questi dubbi non tendevano a restringere il suo significa-

to? La proposta interpretazione non era nel pensiero della legge; surta dalle discussioni non poteva interessare il governo perchè non era di alcun pericolo, e precipuamente perchè il testo della legge pareva non ammettere dubbi di rilievo.

Giova ora provare che questa interpretazione del Codice, adottata da che fu esso compilato, fu per 27 anni riguardata come la espressione del suo vero spirito. Sotto l'Impero nessun'azione giudiziaria fu intentata per causa di duello, la reazione morale che accompagnò la Restaurazione fece nascere per la prima volta il pensiero di dedurlo in giudizio; ebber luogo delle procure e molte Corti Reali opinarono che l'omicidio e le ferite, conseguenze del duello, non fossero esentati dall'applicazione della legge penale. Ma undici arresti della Camera criminale e delle Camere riunite della Corte di Cassazione, giudicando su queste decisioni che annullarono, stabilirono come principio inconcusso che la legge penale avea serbato silenzio sul duello, nè poteva applicarsi all'omicidio e alle ferite che da quello ne derivassero (1). La giurisprudenza non si tenne più oscillante su di ciò e rimase fissata la interpretazione della legge.

Questa interpretazione fu adottata dalle Camere legislative e dal governo; essa passò per così dire in legge. Però, sin dai 31 gennaio 1818 la Corte dei Pari rigettava la querela intentata contro di un Pari dalla Dama di Saint-Morys, sul motivo che il duello non costituisce nè delitto nè misfatto. Nel 1819, la camera dei Deputati accoglieva una proposta del signor Clausel di Coussergues il quale chiedeva che si pregasse il Re a presentare una legge la quale supplisse alla lacuna della legislazione. La Corte di Cassazione, con arresto degli 8 agosto 1828, avea ordinato che si facesse rapporto al Re per procedersi alla interpretazione della legge; e due progetti, presentati dal guardasigilli alla Camera dei Pari, uno dei 14 febbraio 1829, l'altro degli 11 marzo 1830, mirarono a supplire al silenzio del codice con disposizioni

speciali. Questi due progetti, per giungere alla repressione del duello, statuirono delle eccezioni al diritto comune e nella competenza, e nel procedimento e nella pena. « La intenzione del progetto, dicea il Ministro, nella seduta dei 14 febbraio 1829, è manifesta: esso è largo di compatimento alla debolezza umana, tien le parti dei pregiudizi di educazione. stende una mano soccorrevole alle vittime di un falso punto di onore, piglia in considerazione la critica sciagura del loro stato (2). In conseguenza per pena anche dell'omicidio consumato in duello non fu sancita che la prigionia; il giudice competente, quando anche non ne fossero seguite che lievi ferite, era il Giuri; da ultimo, le forme della istruzione, abbreviate nei loro termini, permettevano in tutti i casi la libertà provvisoria. Così, queste due proposte, che non ebbero conseguenze, vennero a proclamar successivamente, in nome del governo, e la lacuna del Codice e la necessità di una legislazione speciale per un reato distinto dai reati comuni.

Al cospetto di questa lacuna della legge, si apertamente dichiarata dalle Camere legislative e dal governo, al cospetto d'una giurisprudenza, che da 40 anni avea cessato di dedurre in giudizio le ferite e gli omicidi commessi in duello, venne a compiersi nel 1832 la riforma del Codice penale. L'attenzione del legislatore si è particolarmente fissata sull'omicidio; gli articoli 304 e 310 furono cangiati e mitigati: nessuna voce intanto si è elevata per provocare l'esame di questa grave questione del duello; come spiegare questo silenzio? Sarebbe mai ciò provenuto dall'idea dominante nei compilatori, che gli articoli 295, 296 e 302 onde va punito l'assassinio, dovessero naturalmente applicarsi anche al duello. Non può mai credersi di essersi supposto ciò, dappoichè se questa interpretazione, circondata da dubbi ed incertezze e sbandeggiata dalla giurisprudenza, fosse tornata in vigore, la legge avrebbe fatto un passo di più; nè si sarebbe confuso il duello con gli omicidi e le ferite e punito con la stessa pena, nel mentre che le imputazioni erano nettamente definite, i fatti sceverati da sagge distinzioni, valutate le lo-

(1) Decis. Cass. 8 aprile 1819; 21 maggio 1819; 22 settembre 1821; 19 settembre 1822; 4 dicembre 1824; 11 maggio 1827; 29 giugno 1827; 8 agosto 1828. Dalloz, t. 28, p. 255 e seg.; Sirey, 1825, 6, 27; 1, 463; 1828, 1, 47 e 399.

(2) Sposizione dei motivi del signor Portalis Guardasigilli.

ro circostanze ed attenuate le pene. Nò, se il legislatore ha serbato silenzio su di ciò, fu perchè nella sua opinione nessuna disposizione del Codice poteva applicarsi al duello, perchè il duello, fatto essenzialmente distinto, richiedeva una legislazione speciale. Di fatti, nel mentre che ventilavasi nelle discussioni legislative la legge del 28 aprile 1832, il Consiglio di Stato, chiamato per la terza volta a rispondere al rapporto della Corte di Cassazione, occupavasi di un nuovo progetto. Nel rapporto del Consiglio di Stato, incaricato di esaminare il progetto, noi leggiamo queste notevoli parole: « Quando si è provato il concorso di circostanze » attenuanti, il che interviene sempre in un » duello combattuto con lealtà, allora con- » viene dar luogo ad una pena speciale » come il delitto, e per renderla più umana, » tener conto nel calcolo della pena, di tutte » le considerazioni che si rannodano a tale » materia, della forza spesso irresistibile di » un pregiudizio sanzionato da costumi, delle » provocazioni che dan causa ai duelli, della » necessità di assicurare la esecuzione della » legge, schivando un rigorismo che turbe- » rebbe la coscienza dei giudici, e terrebbe » sospesa, nelle loro dubbiose mani, la spada » della giustizia. La legge, che ha modificato » il Codice penale, prescrive che nel concor- » so di circostanze attenuanti, la pena di- » scenda da uno a due gradi; a noi pare che » questa attenuazione sia insufficiente (1). »

Tale era lo stato della legislazione e della giurisprudenza allorchè dopo molti anni si è la controversia rinnovellata innanzi la Corte di Cassazione. Il signor Procurator Generale Dupin, con una eloquente requisitoria, si è studiato di far prevalere la opinione che vuol sottomessi alle disposizioni del Codice gli omicidi e le ferite commessi in duello. Due decisioni, delle quali una emessa in camera riunite, abbracciando questo nuovo sistema, han bandita una giurisprudenza invalsa sin dal 1789, e dato cominciamento ad un'era novella nella interpretazione della legge penale (2). La importanza di queste decisioni, e il cangiamento da esse operato nella giuris-

prudenza ci mettono in debito d'intrattenerci alquanto su i motivi loro.

Primamente ci satta agli occhi questa riflessione: non sa forse di stranezza questo repentino cangiamento d'una Corte che per 27 anni, quindi anche dopo la promulgazione del Codice, avea perdurato nella interpretazione onde si è poi ad un tratto disviata? Puossi mai ammettere che un'azione, dichiarata ieri completamente innocente, veda domani per forza d'una decisione i caratteri di misfatto o delitto? Il duello da circa mezzo secolo avea cessato di risguardarsi come fatto soggetto a pena; la legge lo avea col suo silenzio coverto come d'un velo; si andava a duello apertamente e la giustizia non muoveva passo, anzi facea alcun che in suo favore, reprimendo le inopportune procedure e usava della propria autorità per proteggerlo; ma ecco di repente il duello diventa misfatto ed è minacciato da pene terribili. Vi fu forse cangiamento nella legislazione? furon forse decretate pene novelle? No, soltanto rancio di avviso la Corte di Cassazione. Ma non pare forse a tutti che il solo legislatore avrebbe potuto modificare un principio passato, a mo' di dire, in legge per la grande autorità in tanti anni attribuitagli? Non vi vuol forse più che l'autorità di una legge per cangiare di repente i caratteri legali di un'azione e dichiararla soggetta ad imputabilità da innocente che reputavasi? La coscienza pubblica, che fa le veci dei costumi e delle abitudini, non doveva esser forse rischiarata da una solenne discussione, e consultata dal potere sociale? La imputabilità di un'azione non è una questione di diritto che può avere venti soluzioni diverse senza dannose conseguenze; la coscienza non si acquieta agevolmente a questi *proteismi* della giurisprudenza che dichiara un'azione or innocente ed or criminosa; allorchè i costumi, che sono pur delle leggi, non veggono più in un fatto i caratteri di reato non basta, a dichiararlo tale, l'autorità d'una decisione, ma ci vuole la forza d'una legge.

Per scendere ad una minuta disamina fa mestieri riportare i termini de' due arresti della Corte di Cassazione. I motivi su cui poggiano tali decisioni sono che le disposizioni degli articoli 295 e 296 Cod. Pen. sono assolute e non comportano eccezione alcuna; che i colpevoli dei misfatti preveduti da questi articoli debbono essere in ogni ca-

(1) Rapporto al consiglio di Stato su i progetti di leggi interpretative, 1832.

(2) Decis. Cass. 22 giugno e 15 dicembre 1837. Sirey, 1838, 1. 5 e 1099.

so soggetti ad azione penale; che se nei casi preveduti dagli articoli 327, 328 e 329 dello stesso Codice (art. 372, 373 e 374 LL. P.) le camere di Consiglio e le Camere di accusa possono dichiarare che l'omicidio, le ferite e le percosse non costituiscono nè misfatto nè delitto, perchè autorizzate dalla necessità attuale della legittima difesa di sè stesso o di altrui, non può ammettersi che l'omicidio, le percosse e le ferite avvenute in un duello, conseguenza funesta di un precedente concetto, sieno autorizzate dalla necessità attuale della legittima difesa di sè stesso, dappoichè in questo caso il pericolo è stato tutto volontario, la difesa non comandata da necessità, mentre poteasi schivare ogni pericolo senza combattere, che se nessuna disposizione legislativa eleva a reato il duello propriamente detto e le circostanze che preparano o accompagnano questo atto ferale, non ci ha nè anche alcuna disposizione di legge che non veri queste circostanze tra quelle che rendono scusabile l'omicidio volontario, le ferite e le percosse; che è massima inconcussa del nostro diritto pubblico niuno potersi fare giustizia con le proprie mani, esser la giustizia un debito della società tutta, ed ogni giustizia emanare dal Re a nome del quale si paga questo debito; che sia massima non men sacra del nostro diritto pubblico essere intrinsecamente nulla ogni convenzione contraria ai buoni costumi e all'ordine pubblico, che la convenzione nulla non può produrre effetto alcuno, ed a più forte ragione non può paralizzare il corso della giustizia, sospendere l'azione della pubblica vendetta e supplire al silenzio della legge per scusare un'azione da essa qualificata misfatto e condannata dalla morale e dal diritto di natura; che una convenzione mercè la quale due persone intendono trasformare, di loro privata autorità, un misfatto in azione lecita o indifferente, assolversi vicendevolmente dalla pena comminata dalla legge contro il misfatto, arrogarsi il diritto di disporre scambievolmente della loro vita ed usurpare così doppiamente i diritti della società, questa convenzione rientra evidentemente tra quelle che sono contrarie all'ordine pubblico e ai buoni costumi; che se pure, a malgrado del silenzio della legge e del vizio radicale d'una tal convenzione, si potesse assimilarla ad un fatto di scusa legale, questa scusa non può esser valutata nelle Corti di Assise, dappoichè i fatti di scu-

sa, ammessi come tali dalla legge, non possono esser tenuti presenti che dalle Camere di Consiglio e dichiarati dal Giuri; che da ciò ne conseguiva come in ogni accusa di omicidio, ferite o percosse commesse in duello, di cui fossero fermati i patti tra l'autore del fatto e la sua vittima, non sia lecito ai giudici, chiamati a sentenziare su questa accusa, acquietarsi a questa pretesa convenzione. . . »

Facciamo primamente notare, e ciò serve di risposta ad una parte dei consideramenti della decisione, che noi non intendiamo punto di negare la immoralità del duello. Il duello è la violazione di quella santa legge, impressa nel cuore di tutti, che grida: *non uccide*. Il duello non solo offende la morale, ma disturba l'ordine della società: esso, come dice la decisione, sostituisce la giustizia individuale alla giustizia sociale; per vendicare una ingiuria esso porta il disordine nella società, e con la ingiustizia delle sue vendette turba le coscienze. Esso è un atto di ribellione contro l'ordine stabilito dalle leggi, un reato contro la pace pubblica. Il potere sociale, valutandolo con tutte le circostanze che gli danno un carattere speciale, può in alcuni casi sottoporlo a giudizio e punirlo. Risguardato sotto questa fisionomia, la precedente decisione è un omaggio reso alla morale pubblica, una voce potente diretta al legislatore per provocare da lui delle misure repressive analoghe alla natura del fatto. Ma tutte queste considerazioni di moralità sono al certo estranee alla controversia che rileva la immoralità del duello e la convenzione che lo precede? Qui non trattasi d'imputarlo come un fatto nuovo, ma di sapere se possa andar compreso nella categoria delle imputazioni già prevedute dalla legge; non trattasi di esaminare se sia cosa conveniente di assoggettarlo a pena, ma di vedere se la legge penale ha inteso applicargli le pene comminate contro le ferite gravi, l'omicidio volontario e l'assassinio.

L'omicidio e le ferite son prevedute dalle disposizioni del Codice Penale sia che commettansi involontariamente, per negligenza o disaccortezza, sia che vengano comandati dalla necessità attuale della legittima difesa o provocati da percosse o violenze gravi, sia che dichiararsi né provocati né premeditati ma bensì commessi in un primo impeto d'ira o di altro perverso sentimento, sia finalmente che si eseguiscano con premeditazione.

Non può esservi dubbio che colui il quale nei rischi scambievoli d'uu duello ha dato la morte al suo avversario o lo ha ferito, non possa esser colpito dalle disposizioni degli articoli 319 e 320 (375 e 376 il p.). Di fatti; questi articoli preveggono soltanto le ferite e gli omicidi commessi per imprudenza, negligenza o disaccortezza; or è cosa evidente che nel duello la volontà concorre al fatto materiale, non certamente quella volontà criminosa che costituisce l'assassinio e l'omicidio volontario, ma una volontà di uccidere o di ferire manifestata con delle circostanze che modificano la sua reità; epperò non possono invocarsi contro il duello delle disposizioni che si applicano solamente all'omicidio involontario.

Uopo è anche metter da banda la scusa che potrebbe dedurre dalla provocazione. Nel sistema del nostro Codice, la provocazione non è una scusa dell'omicidio se non quando sia prodotta da percosse e gravi violenze, e l'omicidio si commette nell'atto stesso della provocazione e nel primo calore dello sdegno. Or, di rado il duello è provocato da percosse o violenze gravi, e giammai il combattimento siegue immediatamente la offesa; la provocazione che la precede frappone un intervallo di tempo tra essa e l'omicidio. Il fatto dunque non interviene nel primo concitamento della passione, la voce dell'offesa suona ormai fioca al suo orecchio, o almeno ha potuto esser soverchiata da quella della riflessione; la legge non ammette più scusa.

Debbesi forse dir lo stesso del fatto giustificativo della legittima difesa? Alcuni criminalisti hanno esteso al duello l'articolo 327 Codice Penale (373 LL. P.) il quale dichiara che non vi sia reato quando l'omicidio e le ferite sieno comandate dalla necessità attuale della legittima difesa. Essi hanno sostenuto che in un duello eseguito con lealtà, ove il combattimento presenta pericoli scambievoli, ciascuno dei combattenti debbe usar della sua arma sotto pena di restar vittima di quella dell'avversario; che se la lotta fu solo impegnata da un mal inteso sentimento di onore, i colpi però son diretti da un sentimento di conservazione personale, di tal che il vincitore può dir sempre che egli ha ucciso l'avversario soltanto per scampare la vita propria, qualunque sia il carattere della convenzione che veste il combattimento di legittima difesa al momento in cui si mettono le armi

in resta. Per contrario, altri giureconsulti han preteso che questa argomentazione manchi di esattezza nel fatto e nel diritto. Come, dicono essi, può il reo proporre la eccezione di una legittima difesa quando conosceva il pericolo cui esposevasi, quando era in lui l'evitarlo, ed intanto vi si è esposto volontariamente? L'omicidio non può perdere il suo carattere di reità se non quando sia reso necessario per un pericolo impreveduto; uopo è che la difesa sia simultanea all'attacco, e principalmente che questo attacco non possa esser respinto in altro modo: Se uno di questi requisiti non è provato la difesa cessa di esser necessaria e quindi anche legittima, epperò l'omicidio e le ferite commesse sotto il manto di questa difesa sfuggono a questa eccezione legale. Ne siegue forse da ciò, hanno essi soggiunto, che il duello non sia stato preceduto da una provocazione, che non sia stato dominato dal sentimento della propria conservazione? No, questi fatti vi concorrono, ma modificati da alcune circostanze, nè la legge statuisce altre eccezioni che quelle relative ai fatti i quali rientrano nelle sue disposizioni repressive. In una parola, se i fatti ammessi dal Codice non si applicano ai fatti del duello, uopo è concludere che essi non rientrano nei fatti dalla legge dichiarati imputabili, giacchè non possono godere di quella eccezione.

Da ultimo, l'omicidio commesso in duello non può in alcun caso costituire un semplice omicidio volontario. Di fatti, l'omicidio volontario suppone la mancanza di un disegno precedente; esso commettesi nel trasporto repentino di una violenta passione, sotto la ispirazione istantanea di un perverso sentimento; si esegue innanzi che il disegno sia giunto al campo della riflessione, anzi nell'atto stesso che il pensiero lo concepisce. Or, l'omicidio commesso in duello suppone di necessità la premeditazione. Di fatti, cosa è mai il duello? un combattimento regolare tra due persone, eseguito con armi omicide e preceduto da una convenzione che ne regola il modo, il luogo ed il tempo; è dunque di essenza del duello esser la conseguenza, il risultato di una convenzione; mettete da banda questa convenzione ed il combattimento cesserà di essere un duello per prendere i caratteri di rissa. Or, questa convenzione precedente non è forse la più certa prova della premeditazione? La premeditazione è dunque

sostanziale all'atto del duello, essa nasce con lui e costituisce una sua intrinseca circostanza.

Per queste osservazioni noi ci crediamo in diritto di concludere che l'omicidio commesso in duello o costituisca il misfatto di assassinio o non costituisca reato alcuno; che le ferite commesse in duello o costituiscono il misfatto di ferite arrecate con premeditazione o non sono punibili; da ultimo che le pene applicabili a quest'omicidio e a queste ferite o sono la morte, o i lavori forzati ai termini degli articoli 296 e 310, o non gli si può applicare pena alcuna. Ecco i termini nei quali debbe necessariamente ridursi la questione; cosa proposta, la sua soluzione diventa più agevole.

L'omicidio commesso in duello non è un assassinio. Il misfatto di assassinio si compone, come lo abbiamo già visto, di tre elementi: il fatto materiale dell'omicidio, la volontà criminosa di uccidere e la premeditazione. Nell'omicidio commesso in duello noi troviamo un misfatto materiale; troviamo del pari un disegno precedente di commettere gli atti che lo consumano, ed in ciò la premeditazione; ma troviamo forse quella volontà criminosa che costituisce l'elemento ed il principio costitutivo del assassinio? È questo il fatto che convien mettere a disamina, è questa, a nostro avviso, la notevole differenza che separa questi due atti a malgrado dei loro punti di contatto.

La volontà di uccidere non è sempre intrinsecamente criminosa: il soldato che fa fuoco e consuma un omicidio per ordine di un'autorità legittima, il cittadino che uccide un aggressore per tutela della propria difesa, questi tali avevano la volontà di uccidere, eppure gli omicidi da loro commessi sono scerviti d'ogni reità. Inoltre, questa volontà prende delle tinte diverse che imprimono ai fatti da essa commessi differenti gradazioni nella scala della imputabilità. Così colui, che ha per molto tempo preparato l'omicidio che consuma, colui il quale lo commette nel primo impeto d'una passione istantanea, colui che vi è spinto dalle percosse o ferite gravi, onde fu provocato il suo risentimento, questi tre agenti ebbero ugualmente la volontà di uccidere, ed intanto questa stessa volontà varia in tutti e tre i casi. Qual diversità di carattere le imprimono le circostanze che hanno accompagnato le mosse di questa volontà! Qual

barriera insormontabile separa gli atti che l'hanno manifestata! La legge investiga con sollecitudine tutte queste modificazioni per dare ad esse il loro valor morale. Ciascuna di queste circostanze che hanno mosso la volontà, l'hanno provocata, l'hanno eccitata, diventa un fatto modificativo della reità. Perchè il Codice serbi a questa volontà la più grave delle sue pene uopo è che la perfidia sia completa, che nata da un tristo sentimento siasi perfidamente avanzata sino al suo scopo.

Così, nell'assassinio, la volontà di uccidere è necessariamente accompagnata da dolo e frode; questa frode costituisce la essenza stessa del fatto ed è supposta dalla legge. L'art. 297 lo definisce un attentato, e l'art. 298 ne prevede una specie, e questa specie è l'appostamento. Sicchè il pensiero di questo reato nasce dalle corrotte passioni del cuore, si alimenta nell'ombra, si copre di un velo per preparare la esecuzione de' suoi disegni, per spiare la sua vittima; il segreto di questi preparativi, la perfidia con che si avventa sulla vittima è appunto l'elemento costitutivo della sua reità. L'assassino è tanto più formidabile in quanto che attacca e colpisce chi sta improvvido della sua perfidia e senza difesa.

Puossi mai dire che trovinsi nel duello i caratteri di questa violenza, di questa perfidia? La volontà dei duellisti è una volontà colpevole, essa mette sotto i piedi la giustizia da cui sdegna attendere i pretesi risarcimenti, la società di cui turba l'ordine e la pace, la vita umana che spensieratamente sacrifica alle sue passioni. Ma questa colpevolezza, per quanto sia grave, non è mai quella che costituisce il misfatto di assassinio. Il duello aborre dalle frodi e dalle violenze, i suoi preparativi si fanno d'accordo, il tempo e il modo del combattimento son regolati da una convenzione, e questa va eseguita con lealtà; la vittima non fu colta alla sopravvista, ma stava parata alla difesa, essa attendeva l'assalitore, l'attaccava anche venendole il destro, il solo caso ha lasciato una vittima, l'altro colpevole.

L'assassino si studia di sottrarsi ad ogni pericolo attaccando nell'ombra; i duellisti vanno al tenzone nel chiaro del giorno ed espongono i loro petti ai colpi dell'avversario. Non è agevole cosa garantirsi dall'aggressione del primo perchè inaspettata, puossi sempre schivare l'aggressione del secondo non accettando il combattimento. L'assassi-

no non ha che uno scopo, la morte della vittima per satollare o la sua vendetta o la sua cupidigia; nei duellisti la volontà di uccidere è accidentale e secondaria, spesso non vi è affatto questa intenzione; il duellista non chiede, non vuole che lavare il suo macchiato o nore o serbarlo intatto. Da ultimo, i colpi dello assassino spaventano la intera società perchè la perfidia di lui rende più difficoltosa la protezione che essa debbe alla vittima. La morte del duellista non eccita lo stesso terrore perchè in certo modo è una morte volontaria; egli debbe incolpar se stesso perchè fu a parte della colpa dell'uccisore; in questo ultimo caso non si viola la legge sociale nello stesso modo nè si cagiona lo stesso danno.

L'è dunque chiaro non ravvisarsi in questi due fatti la stessa reità, essendo essi fra loro sceleverati e dal valor morale e dalle materiali conseguenze; manca al duello uno degli elementi dell'assassinio, cioè, la volontà criminosa che solo può dargli vita, il dolo che domina e dirige l'azione e la cangia in misfatto. Questi due fatti non hanno altri punti di contatto, altro comune risultamento se non la morte della vittima. Ma forse perchè è pari la materialità del fatto debbon esser parificati nella stessa imputabilità? Donde sarebbe tratta questa nuova teoria la quale per punire un'azione non fa conto della volontà dell'agente e si attiene al solo materiale risultato? È forse mestieri ripetere che la volontà, la sola volontà dell'agente è quella che fissa la reità di lui e le svariate gradazioni di questa? Questa regola così inconcussa dee forse esser cancellata in materia di duello?

Così, proclamando le immutabili norme della giustizia penale, la Corte di Cassazione, da che fu promulgato il Codice fino all'arresto del 22 Giugno 1837, ha dichiarato: « che l'omicidio commesso in duello non può essere parggiato all'omicidio volontario commesso con premeditazione; che il fatto dal Codice qualificato per assassinio suppone un'aggressione premeditata, col disegno di uccidere: nella quale se vi fu resistenza la difesa è nata dall'attacco; che per contrario nel duello vi è sempre un accordo precedente, una volontà comune, una reciprocità e simultaneità di aggressione e di difesa (1).

A dir il vero, la Corte di Cassazione nega

ora ogni forza legale a questa convenzione che prima riguardava come modificativa del fatto; essa poggia questa nuova dottrina sul motivo che tale convenzione sia contraria ai buoni costumi e all'ordine pubblico, che ogni convenzione di questa fatta sia nulla di pieno diritto ai termini dell'art. 6 del Cod. Civ. (art. 7 Il. cc.), e ciò che è nullo non può produrre effetto alcuno (2). Il suo relatore sig. Beranger, esponendo la quistione, avea insistito su questo argomento: « Questa convenzione con la quale ciascuna delle parti stipula a sangue freddo questa disida contro tutta la società non aggrava forse maggiormente il misfatto pubblico che le tien dietro? Inoltre, giacchè parlasi di convenzione, si sono forse in essa intese tutte le parti interessate? Colui che, conculcando le leggi divine ed umane, s'impegna di uccidere e consente d'essere ucciso, si obbliga solo, smentendo che altre vite son legate alla sua; che egli ha contratti verso la società e la sua famiglia dei doveri che gli tolgono il diritto di disporre di se stesso (3). Uopo è innanzi tratto notare che queste ultime osservazioni si possono applicare al suicidio del pari che al duello. Debbesi forse perciò concludere che anche il suicidio sia un assassinio? Dal perchè il suicida non ha partecipato il suo disegno alle persone interessate alla sua vita, ne siegue che se sopravvisse al suo attentato debbasi vederlo spirare su di un patibolo? Questa convenzione è immorale, e chi potrebbe contrastar ciò, chi potrebbe negare che essa attenta alla pace pubblica? Non è questo il podo della quistione; non trattasi mica di valutare il carattere morale della convenzione, ma di decidere se sia convenevole cosa non tener conto di questo fatto, metter da banda questa circostanza, e punire l'atto del duello dopo di averlo così modificato.

Se si pretendesse di elevar la convenzione, onde è preceduto il duello, in un fatto di scusa legale, noi forse penseremmo con la Corte di Cassazione che non si ha dritto a tanto; poichè la legge penale non ha noverato questo fatto tra le scuse per lei ammesse, e ciò per la semplicissima ragione che la legge non si è mica occupata della repressione del

(1) Vedi le due decisioni del 22 giugno e 15 dicembre 1837 riportate sopra.

(2) Rapporto del signor Consigliere Beranger, pubblicato nella Rivista di Legislazione e di Giurisprudenza, t. 7, p. 232.

(1) Vedi le molte decisioni da noi precedentemente citate.

duello. Qui trattasi soltanto di rilevare una circostanza del fatto, che monta che questa circostanza sia immorale? L'imputato di stupro che si scusa con dire di aver prima sedotto la sua vittima, forse perciò non merita assolto? Il falsario che deduce in sua difesa una nullità, onde a sua insaputa l'atto era viziato, non è forse ammesso a provare questa nullità, che togliendo la possibilità del danno, toglie al reato uno dei suoi elementi? L'errore in ciò nasce da che vuolsi equiparare questa convenzione ad un contratto civile cui la legge nega ogni efficacia, se sia coprirlo a' buoni costumi. Non debbonsi confondere le nozioni del diritto civile con le regole del diritto penale; trattasi forse qui d'una convenzione, di cui si voglia, come in quelle di ginoco e di scommesse, reclamar l'esecuzione innanzi la giustizia? attribuitele, se volete, tutte le nullità immaginabili, quali ne saranno mai gli effetti? Soltamente quelli di negare alle parti qualunque azione innanzi i tribunali, di togliere alla convenzione i suoi effetti civili, ecco il circolo in cui si avvolge il principio da voi invocato, la sua forza non può andar più oltre. No, questa convenzione non è né una scusa né un contratto; essa è solamente una circostanza intrinseca al fatto, costituisce uno de' suoi elementi, lo modifica e gli dà una fisionomia speciale. Non puoi non tenerne conto nel valutare il duello, altrimenti si giudicherebbe non più sul fatto, ma su di una finzione, non più sulla vera reità dell'agente, ma su di una reità supposta. La convenzione debb'esser valutata non come un patto che lega le parti, giacché sotto questo rapporto è illecita e nulla, non come una scusa che attenui il reato, giacché la scusa lo modifica, ma non lo cancella; bensì debbe esser riguardata come una circostanza essenziale del fatto, circostanza che ranga radicalmente la sua natura e che suppone per necessità il difetto del dolo e della perfidia che sono i suoi elementi costitutivi.

Da ultimo, si è soggiunto che questa valutazione dei patti, onde va preceduto il duello, costituisca una distinzione arbitraria, e che non si possa sofferire al silenzio della legge. Ma come chiedere alla legge questa distinzione se la legge non ha parlato del duello? come credere che noi sofferiamo al silenzio del legislatore quando non facciamo che restrin-

gere i suoi termini nel loro naturale e vero significato? Non è forse piuttosto il sistema della Corte di Cassazione quello che fa parlare una legge muta estendendo le sue disposizioni a fatti non preveduti, dando tristi effetti ad una insufficiente analogia tra l'omicidio commesso in duello e l'assassinio, sceverando dal fatto del duello tutte le circostanze che gli danno il suo carattere proprio e son di ostacolo a questa pretesa assimilazione, da ultimo tirandolo per forza nella sfera di un'imputabilità ove non può trovar luogo?

Facciamoci ora a seguir nelle sue conseguenze il sistema della Corte di Cassazione. Dalla decisione del 22 giugno 1837, e specialmente dalla requisitoria che l'ha preceduta, risulta non potersi la pena del Codice applicare che al materiale risulamento del duello, cioè, all'omicidio e alle ferite che vi avvengano; l'atto del duello in sé non seguito né da ferita né da omicidio non va soggetto ad azione penale. Questa interpretazione fu ben presto modificata: pareggiando all'assassinio l'omicidio commesso in duello, era mestieri assoggettarlo a tutte le regole applicabili a quel misfatto. Or, se la convenzione del duello, non seguita da combattimento, non è che un atto preparatorio e non costituisce cominciamento di esecuzione, non può dirsi lo stesso quando già il combattimento è cominciato; questo combattimento, ancorché non seguito né da ferite né da omicidio, costituisce il tentativo dell'omicidio volontario o dell'assassinio, secondo che il duello tenne dietro alle offese e alla provocazione o immediatamente, o dopo qualche intervallo di tempo. La Corte di Cassazione fu finalmente dalla forza delle cose condotta a riconoscere queste inevitabili conseguenze della sua dottrina: essa nell'arresto del 22 dicembre 1837 ha dichiarato: « che tutti i fatti del duello, essendo governati dalle disposizioni del diritto comune, » debbon esser valutati non solo in rapporto » agli articoli del Codice che puniscono l'omicidio e le ferite ma anche alle altre disposizioni di questo Codice; che perciò, » quantunque non vi fosse omicidio consumato, se le circostanze rilevate nella istruttoria presentano i caratteri legali di un » tentativo di omicidio volontario, tali quali » sono designati dall'articolo 2 del Codice » Penale, si dà luogo all'applicazione di questo articolo messo in accordo con gli arti-

« coli 295 e seguenti dello stesso Codice (1).

In conseguenza, il duello che ebbe termine senza ferita è dalla stessa Corte di Cassazione dichiarato tentativo di omicidio volontario o di assassinio; di là due corollari: il primo si è che in un duello seguito da ferite va soggetto all'azion penale non solamente l'autore di queste ferite, ma il ferito stesso. Dappoichè, se il primo è colpevole di aver commesso delle ferite volontarie, il secondo è almeno colpevole del tentativo dello stesso fatto. Entrambi sono imputabili nello stesso grado, e ciò fu ritenuto dalla stessa Corte di Cassazione nel citato arresto. In esso si dice: « che le circostanze del duello non solo presuntano la imputazione del reato di ferite volontarie, preveduta dall'articolo 209 del Codice Penale (336 e seg. II. p.), ma offrono ancora, e per lui e per lo stesso offeso, il carico di un tentativo di omicidio commesso con premeditazione, manifestato da cominciamenti di esecuzione, che ha mancato di effetto per circostanze indipendenti dalla volontà dell'autore. »

Or, non è forse chiaro che questa sola conseguenza sottragga il duello alle disposizioni comuni della legge penale, che, rivelando questi elementi particolari, essa suppone la necessità di una imputabilità speciale? Di fatti, in quale delle sue disposizioni il Codice ha supposto che l'assassino e la vittima possono esser travolti nella stessa pena; che il feritore ed il ferito possano esser per lo stesso fatto dichiarati complici scambievoli? Se l'offeso è colpevole non ne siegue forse che l'offensore non sia un assassino?

Ma ciò non è tutto; pare supporre dalla Corte di Cassazione che se il duello ebbe, per solo risultamento, delle ferite, il fatto, improntando i suoi caratteri da questo materiale risultamento, rientri nei termini degli art. 309 e seg. (336 e seg. II. p.), e costituisca un delitto o un misfatto secondo la gravezza della ferita. Ma questa proposizione poggia evidentemente su di un errore; imperocchè, se lo autore delle ferite non può esser punito che secondo la gravezza di questo fatto materiale, il suo avversario, come sta detto nella citata decisione, non avendo arrecato ferita alcuna, non potrebbe esser perseguitato dalla giusti-

zia che come colpevole di un tentativo di assassinio, giacchè si è servito delle sue armi con la volontà premeditata di uccidere. Da ciò ne deriva questa ridicola anomalia, cioè, che due colpevoli dello stesso fatto van soggetti a diversa imputabilità, e che si dia pena più grave a quello tra i due il quale, vittima del certame, ha spiegato minor destrezza e quindi minore perversità. Tanta anomalia sconvolgerebbe i principi elementari del diritto penale, e però non può esser tollerata. Uopo è confessare che il combattimento, sia seguito da omicidio sia da semplici ferite, non può dar luogo che ad una sola qualificazione, cioè o di assassinio o di tentativo di tal misfatto. A tanto conduce una logica rigorosa; mentre, purchè non si provi una intenzione contraria e i combattenti non abbian patuito di fermarsi, come dice Rousseau, *al primo sangue*, la loro volontà è di mettere la propria vita in reciproco repentaglio, ed è la vita appunto che le loro armi mettono in pericolo.

In verità, la mente può concepir l'idea di comprendere il ferito nell'accusa diretta contro il feritore, di tradurli in giudizio come complici dello stesso fatto qualificato dalla gravità de' suoi risultamenti; ma non sarebbe una delle strane bizzarrie dichiarar la vittima complice della ferita riportata? non sarebbe più strana cosa ancora prender ad elemento della pena, che debbe applicarsi, la durata della sua malattia?

Il duello, quando può ritenersi tale, è stato già seguito da combattimento, e qualunque sieno le sue conseguenze, non può esser dedotto in giudizio che o come assassinio o come tentativo di questo misfatto. Questa imputabilità capitale non si limita ai soli combattenti; di fatti, la Corte di Cassazione ha deciso: che l'omicidio e le ferite commesse in duello possono esser imputate non solo ai combattenti, come autori principali, ma ancora ai testimoni del duello come complici, se la parte da questi rappresentata offrì degli atti che presentino i caratteri di complicità legale, quali sono definiti dall'articolo 60 Codice Penale (74 II. P.) (1). Questa de-

(1) Decis. Cass. 22 dicembre 1837. Sirey 1838, 1, 5.

(1) Decis. Cass. 22 Dic. 1837. Sirey 1838, 1, 5 — Il somministrarsi le armi da chi conosceva l'uso a cui eran addeitate costituisce un atto di complicità. Liegi, 3 feb. 1836, Giornale di Bruxelles, 1836, 1, 66.

cisione è una logica conseguenza dei principi seguitati dalla Corte; se il duello è un misfatto i *patrini* ne sono necessariamente complici, dando le istruzioni per commetterlo, somministrando le armi, assistendo gli autori dell'azione nei fatti che l'hanno preparata o compiuta. Ma questa stessa conseguenza appalesa la lacuna della legge. Quale è la missione, quale è lo scopo dell'assistenza dei *patrini*? è quello di appaiare le parti, e se non possono riuscire a tanto, di regolare le condizioni del combattimento per scemare i pericoli, di mettergli fine se i duellanti trascorrono dai patti stabiliti, di sorvegliarne l'esecuzione. Essi sono i giudici del campo, gli arbitri supremi della lotta; essi serbano al duello il suo carattere proprio ed impediscono che degeneri in assassinio; la loro presenza è una garanzia della sua lealtà, una salvaguardia per l'ordine sociale, che preservano da più funesti disordini. Or, possono mai questi *patrini* esser dichiarati complici di un assassinio e tradotti in giudizio come assassini? Non si risente forse la coscienza a tal pensiero? Tale conseguenza non è forse il più eloquente rimproccio contro un sistema che confonde fatti così disparati, moralità tanto distinte fra loro? L'azione dei *patrini* è immorale quanto lo stesso duello, ma anche essa come il duello costituisce un fatto diverso dall'assassinio e dalla sua complicità! La loro partecipazione morale pure è dubbia, giacché la loro presenza materiale non è una prova che vi abbia aderito il loro animo; sovente, essi presenziano ad un duello cui con ogni opera si sono studiati impedire, e a cui si sono apertamente opposti. La loro assistenza dunque sfugge alle regole ordinarie della complicità; il pensiero che l'accompagna le dà un carattere distinto, può costituire un reato speciale, ma non mai esser riguardata come atto di complicità di un misfatto comune.

Gli autori di semplici ferite ed omicidi commessi in duello, la vittima di questa ferita, e da ultimo gli stessi *patrini*, sarebbero dunque, secondo il sistema della Corte di cassazione, compresi nella stessa imputabilità e colpiti dalle stesse pene? e questa imputabilità, queste pene sarebbero quelle dell'assassinio! Questo eccessivo rigore è forse la più convincente prova che il legislatore non abbia voluto assoggettare il duello alle disposizioni del codice Penale. Però, la requisitoria che ha preceduto l'arresto del 22 giugno

1837 avea preveduta questa obbiezione dicendo: « Quanto all'eccesso di severità che » si appone alle nostre leggi, sotto il pretesto » che il duello non debba esser confuso con » l'appostamento o l'assassinio, la censura » cadrebbe sul legislatore per non aver voluto concedere al duello l'onore di nominarlo e di elevarlo a reato distinto; ma » questo non sarebbe motivo che potesse autorizzare il giudice a non applicar la legge, » tale quale è scritta, anche con le sue inconvenienze se ve ne fossero nella sua applicazione; di fatti, una delle nostre massime si » è che non possiamo elevarci a giudici della » legge per motivo degli assurdi che nascerrebbero dalla sua osservanza. Le sole distinzioni che a noi lice fare son quelle che » derivano dalle circostanze attenuanti. Se tale fosse la legge, sarebbe veramente oggetto di pietà, perchè legge di tal fatta non può non esser di continuo violata. I costumi, che sono pur essi delle leggi, e delle leggi vive ed efficaci, opporrebbero una barriera di bronzo alla sua applicazione. Questi costumi, che gridano contro la immoralità del duello e tendono a sradicarlo dal seno della società, si alzerebbero forti per proteggerlo dalle odiose pene che invano gli si vorrebbero applicare; dappoiché la coscienza, e non già un pregiudizio, è quella che traccia la linea di separazione tra il duello e l'assassinio, nè si troverebbe Giurato alcuno che consentisse a parificare questi due atti, ad applicar loro la stessa pena, la pena di morte. Il fatto è provato, diceva un oratore della Camera dei Pari scorrendo del duello, l'accusato è confesso, egli è convinto del misfatto. Intanto il Giuri dichiara innanzi la società che l'accusato non è colpevole, e chi è dunque colpevole in questo caso? Se l'accusato non è colpevole la colpa è dunque della legge. Si certamente, la colpa è sua, essa è colpevole di errore quando invece di guidare alla repressione dà causa all'impunità (1). Di fatti, il solo mezzo per giungere alla repressione del duello è di statuir delle pene che sieno in accordo con la gravità morale dell'atto.

L'applicazione delle circostanze attenuanti può forse produrre questo effetto? Uopo è innanzi tutto osservare che nel sistema della

(1) Il sig. Tascher, sul progetto della legge del duello, sessione del 14 marzo 1838 (*Monitore del 30 marzo*).

stessa Corte di Cassazione, queste circostanze non sono destinate a correggere e riformare le penalità del Codice, a temperar quelle che paressero troppo severe (1). Secondo la dottrina della Corte di Cassazione, il Giurì non debbe darsi pensiero delle conseguenze legali di fatti da lui provati e ritenuti. Il solo scopo dell'articolo 463 del Codice Penale è stato quello di valutare a pro dell'accusato delle scuse non legali, come ad esempio l'età, l'ubriachezza, l'educazione, la provocazione verbale, la indigenza, il grado sociale del colpevole, che attenuano la imputabilità senza modificare la intrinseca natura del fatto. Or, il beneficio di queste scuse non è esclusivo pel duello, esse son comuni all'omicidio volontario e all'assassinio, esse producono anche su questi reati lo stesso effetto di attenuazione, e però la pena rimane sempre eguale, quindi l'attenuamento è insufficiente. E da credersi che certamente questa dichiarazione di circostanze attenuanti sarà inserita in tutte le procure per duello, ma ciò avverrà per la sola considerazione della gravezza della pena, e ad altro non servirà che a rovesciare la teorica della separazione dei poteri tra la Corte e il Giurì; inoltre, anche cangiando questa dichiarazione in formola di rito la pena resterà affittiva ed infamante.

Sicchè, quando anche la Giurisprudenza della Corte di Cassazione giungesse a dominare le Corti Reali, la dichiarazione di sottoposizione ad accusa sarebbe sempre seguita da sentenza di libertà. Di là una funesta lotta tra la magistratura ed il Giurì, tra l'autorità giudiziaria ed i costumi e lo spirito pubblico, quale lotta non può certamente giovare alla repressione del duello (2). Si dice è vero che lo stesso esperimento della processura e dei dibattimenti sia una pena, onde potrebbe esser tenuto a freno qualche duellista. Noi non risponderemo punto che questa pena va temperata, anzi quasi cancellata dalla certezza di rimaner assoluto, ma facciamo soltanto questa domanda: intentar come pena un procedimento, con la certezza di portare all'assoluzione dell'imputato, non importa forse conoscere i dritti e i doveri dell'azione pubblica? Il procedimento e la detenzione precedente

al giudizio sono un doloroso sacrificio all'interesse che ha la società di reprimere i misfatti. Ma qual sarebbe il carattere di questa detenzione se il fatto che le dà causa non avesse realmente gli elementi di reato, se potesse presumersi che fosse un fatto non degno di pena, in incoscienza, se questa detenzione mirasse meno ad assicurare la esecuzione di una pena sospensiva che a servir di pena essa stessa? Un tal procedimento, ancorchè vestito di tutte le apparenze di legalità, non dovrebbe forse esser riguardato come arbitrario? e non spiegherebbe forse viemmeglio questo carattere se giungesse non poche volte a trovar l'ostacolo delle sentenze assolutorie del Giurì?

Non possono dunque applicarsi al duello le disposizioni del codice Penale. Tale conseguenza sorge evidente dal suo spirito generale e da ciascuno de' suoi articoli. I compilatori del Codice hanno regolata la imputabilità delle azioni umane, non già assoggettandole ad una norma inflessibile, ad una pena uniforme, ma sceverandole in diverse classi, distinguendo fatto da fatto, pigliando in considerazione le diverse tinte che loro danno diverse gradazioni; in ciò appunto la loro opera va segnalata sopra i codici precedenti. Certamente, il legislatore avrebbe potuto spingersi più oltre in questa via; quanto più sono le gradazioni delle imputabilità, tanto meglio la pena si trova in proporzione col vero valor morale de' fatti, e questa distinzione di fatti, comechè imperfetta, serve di base a tutto il codice. Questo principio è incarnato in tutte le sue disposizioni, nè può supporre che si trovino confuse, come nello stesso fatto, due azioni così diverse, così disperate fra loro come l'assassinio ed il duello.

Il duello è un fatto speciale, un reato *sui generis* che non può esser represso se non da una speciale legislazione. La legge deve studiare il suo carattere, deve fino a un certo punto aver riguardo dei pregiudizi onde è tollerato, valutare i fatti che l'accompagnano, e talvolta gli sono di scusa, per punirlo con buon successo, cioè con giustizia; dappoichè, quella pena che non è proporzionata al reato cui è inflitta non solamente è ingiusta, ma anche inefficace, in luogo di emendare essa genera sconcerti.

I caratteri, che mettono il duello in una categoria distinta dai reati comuni contro le persone, sono la provocazione che ne dà causa, le convenzioni che vi precede, la recipro-

(1) Decis. cass. 25 marzo 1836.

(2) Questa lotta si osserva nel Belgio ove il Giurì ha finora costantemente messi in libertà tutti gli accusati di duello.

canza dell'aggressione e della difesa, la presenza de' testimoni.

Non puossi valutare la imputabilità del duello senza tener conto delle offese che lo hanno provocato; queste offese, che la legge non ha per lo più prevedute, debbon esser da lei punite se non si vuole che i cittadini si faccian giustizia con le proprie mani. « Se il » legislatore, ha detto Bentham, avesse sem- » pre applicato un convenevole sistema di ri- » sarcimento, non si sarebbe visto nascere il » duello, il quale non fu né è che un supple- » mento all'insufficienza delle leggi. . . , Il » silenzio di queste leggi, la sbadatezza della » giustizia son quelli che conducono l'uomo sa- » vio a tutelarsi da sé con questo triste, ma » unico mezzo che gli rimane (1). » Il signor Barth, che dopo ebbe l'onore di riformare il Codice penale, scriveva nel 1829. « Una leg- » ge contro il duello reclama necessariamente qualche modificazione sulla legge che punisce l'ingiuria. Non si può pretendere da » gli uomini tanta virtù da vincere i propri risentimenti e perdonare gli oltraggi che per » avventura possono ricevere; uopo è che la » legge dia loro una soddisfazione se vuole » impedirli a vendicarsi con le proprie ma- » ni (2). Il legislatore dovrà dunque accom- » pagnare detta legge con la comminazione di pene contro quelle lievi e svariate ingiurie che sin ora sfuggirono alla sua preveggenza. Ma se queste pene possono costituir da sé un reato, debbono in pari tempo esercitare una certa influenza su la repressione del duello. Di fatti, gli oltraggi costituiscono da per loro una vera provocazione la quale, comeché non sarebbe sufficiente a scusare i reati comuni, pure non può non esser valutata in materia di duello, giacché essa n'è la causa diretta, e, nello stato presente dei costumi, la loro influenza a ciò è sventuratamente innegabile. Questa provocazione tutta speciale, su cui la legge generale ha dovuto serbar silenzio, stabilisce necessariamente delle gradazioni nella reità dei duellisti, di cui la legge non può non tener conto, perchè essa cerca la misura della pena in quella della colpa; così noi fra poco vedremo che non poche legislazioni straniere hanno elevata questa circostanza a base di una importante distinzione.

La convenzione che precede il duello è una seconda circostanza caratteristica della specialità del reato; noi abbiamo già fatto osservare che essa sveste l'azione di quel dolo che costituisce l'omicidio volontario, in luogo della perfidia, che è l'elemento dell'assassinio, presenta un reciproco consentimento, da ultimo, modifica il fatto con la sola influenza della lealtà che governa la lotta e di cui essa n'è il pegno. Allorché dunque l'accusa si promuove per imputazione di omicidio volontario o di assassinio, la convenzione distrugge il misfatto, non distrugge però la reità dell'azione, solo le dà un carattere speciale.

Il combattimento in sé può esser risguardato sotto due aspetti: in primo luogo costituisce un reato contro la pace pubblica, una usurpazione di potere, poichè in una società ben costituita niuno ha diritto di farsi giustizia con le proprie mani, di pigliar vendetta di un oltraggio ed applicar la pena; in secondo luogo, costituisce un attentato contro le persone, ma questo attentato attinge un carattere speciale nelle circostanze che l'accompagnano, cioè nella simultaneità dell'attacco e della difesa, nei patti fissati prima del combattimento, e nella presenza dei testimoni.

Questi sono i principali caratteri che mettono il duello in una categoria distinta, che lo sottraggono alla classe delle comuni imputabilità, che sollecitano per la sua repressione una legislazione acconcia alla sua natura, una legislazione speciale. « Egli è chiaro, dicea Merlin, che il duello non può esser classato né tra gli omicidi commessi involontariamente e per imprudenza, né tra gli omicidi volontari ancorché provocati da violenze gravi, né tra gli assassini, e che esso presenta un carattere tutto suo proprio, derivante dalla convenzione, onde è sempre preceduto, la quale fissa il luogo, il tempo ed il modo dell'esecuzione (3).

Ecco come nel 1821 esprimevasi il dotto magistrato che, nel 1838, ha così efficacemente cooperato al cangiamento della giurisprudenza (4):

« I duelli sono degli atti di barbarie.

« Essi debbono esser proibiti presso i popoli culti.

(1) Trattato di legislazione, t. 2, p. 335.

(2) Rivista straniera di legislazione 1837, p. 765.

(3) Quist. di diritto, articolo Duello.

(4) Dupin. Osservazioni su molti punti interessanti della nostra legislazione penale, p. 294.

« Per essi non si dà mica prova di coraggio: i Romani non li conoscevano.

« Non si dà prova di onore; giacchè la morale e la religione li riprovano.

« Perchè dunque sin ora le più severe leggi riuscirono inefficaci a reprimerti?

« Perchè il pregiudizio l'ha vinta su queste leggi al segno da risguardarsi esse come abrogate?

« Così, il duello non fu più perseguito dalla giustizia, anzi risguardato come un atto permesso.

« E pure se si accende una rissa tra due persone, il più sovente ubbriache, se si scambiano dei pugni, ecco una processura criminale ove spesso l'offeso paga l'ammenda.

« Donde deriva questa impunità per i colpi di spada o di pistola e questa severità per i colpi di mano? Certamente non se ne sa trovar ragione, e la prima volta che mi avvenisse di difendere officiosamente una disfida a pugni, sosterrai che fosse un duello per vestirla così da caratteri di reato.

« Senza dubbio sarebbe meglio fare una nuova legge sul duello, e cominciare una pena di altro genere in luogo della pena di morte, la quale è poco efficace sullo spirito di uno che mostra di non temerla con esporvisi tanto alacramente.

« Così, voi andate a battervi per riguardi umani, pel timore di vedervi esposto alle derisioni degli uomini, voi vi credete spinto in una via d'infamia trovandovi esposto ai loro beffardi motteggi, e bene, che la legge vi punisca di quella pena cui vi mostrate più sensibile. Voi temete una infamia di convenzione, la legge vi imprime un marchio d'infamia reale; voi non temete la morte naturale, vi si dà la morte civile, la legge vi dichiara incapace ad esercitare i diritti di cittadino, indegno di occupare delle cariche civili e militari, incapace di far testimonianza in giudizio, di succedere, di testare.

« Ecco delle pene in apparenza più miti di quella di morte; ebbene! io sono convinto che esse riuscirebbero più efficaci, niuno oserrebbe credersi spinto dall'onore suo ad affrontarle.

« Nel 1819 fu presentato un progetto di legge su tale materia, ed il relatore, cui io avea comunicate le mie idee intorno tal subbietto, convenne che questo forse era il solo mezzo di restituire il duello alla categoria dei reati, di punirlo con una pena conveniente, e però anche efficace. »

Il sig. Hans si è dichiarato dello stesso avviso; esso ha sostenuto che l'intrusco carattere del duello reclamava una legge speciale e distinta da quella del Codice: « Le circostanze peculiari, dicea questo professore, che precedono ed accompagnano questo singolare combattimento, i patti precedentemente fermati tra i combattenti, la loro comune intenzione, la reciprocità e la simultaneità dell'attacco e della difesa, danno a questo attentato un carattere proprio che non permette di pareggiarlo ai reati comuni. Il duello debbe esser preveduto da una legge speciale che non faccia parte del Codice Penale. Di fatti, questa legge non sarebbe da prima che un saggio, mentre dopo qualche anno dovrebbe subire le modificazioni comandate dall'esperienza: essa non sarà da prima, per la forza delle cose, che una legge imperfetta e variabile: sarebbe dunque una grave inconvenienza l'imprimerla dal suo nascere, con incorporarla al Codice, un carattere di stabilità che impedirebbe tutti gli immegliamenti successivi, di che per avventura potrebbe aver bisogno (1).

Le legislazioni straniere, se questa disretazione già portata troppo per le lunghe ci permettesse di farne un rapido cenno, verrebbero a confermare queste osservazioni. I popoli che han soggettato ad imputabilità il duello lo han compreso in disposizioni speciali, differenti da quelle che si applicavano agli attentati comuni. Di tali disposizioni si riscontrano nelle leggi degli Stati dell'America Settentrionale. La prima di queste leggi, nell'ordine cronologico, fu votata dallo Stato del Massachusset, autore del regime coloniale, e rimessa in vigore da due successive promulgazioni, una del 1784, l'altra del 1805. In forza di essa, chiunque sia convinto di aver preso parte, in qualsiasi modo, ad un duello, è sospeso dai suoi dritti politici pel corso di venti anni, e il corpo dell'individuo morto nel combattimento è consegnato agli uomini dell'arte per esser notomizzato. Disposizioni più severe furono promulgate dai *Revised statutes of the state of New-York*, decretati nel 10 dicembre 1828. La provocazione, e qualunque atto di complicità al duello, sono puniti con una prigionia che può elevarsi fino a sette anni; il duello seguito da

(1) Osservazioni sul progetto del Codice Penale belgio, t. 9, osservaz. prelim. p. 4.

ferite è punito con una prigionia che non eccede dieci anni; da ultimo, il duello commesso con deliberato proponimento e seguito da morte è riguardato come l'omicidio volontario. Le leggi degli Stati di Pensilvania, di New-jersey, di Moyland e di Jernesej hanno qualche analogia con quelle di Nuova York; pure discendono a più minule particolarità, e le pene per esse pronunziate sono meno gravi; esse furono con molte modificazioni riprodotte dal sig. Livingston nel suo Codice della Luigiana: questo legislatore ha seguito il duello in tutte le sue fasi, dal fatto della provocazione sino agli svariati atti di esecuzione. Se il combattimento è seguito da ferite la pena è una prigionia di sei mesi, se è seguito da morte la pena è una prigionia di due a quattro anni, accompagnata dalla perdita dei diritti civili e politici.

In Alemagna trovansi, nei progetti del Codice Penale Bavarese del 1821, 1827 e 1831, delle disposizioni speciali sul duello: queste disposizioni, riprodotte e proposte in molti stati di Alemagna, e segnatamente nel Wurtemberg, da prima stabiliscono per massima che l'omicidio commesso in duello è un reato diverso dall'omicidio volontario e lo puniscono con una semplice prigionia di quattro anni (1). Nel Codice di Parma, che è una imitazione del Codice nostro, il duello seguito da morte è punito con la relegazione (2). Negli stati del Papa, la legge molto rigorosa fa non pertanto questa distinzione: il provocatore che ha ucciso l'avversario è punito di morte, ma il provocato non è colpito della stessa pena se non quando il duello sia avvenuto dopo 24 ore dalla provocazione. Nel Digesto Russo trovasi la stessa distinzione: il provocatore si riguarda come ribelle alla legge anche quando il duello non mena ad alcun risultamento, e va soggetto ad una pena che può trascendere dall'ammenda alla deportazione in Siberia. Se il duello abbia cagionato ferite, malattie o omicidio, il provocatore è punito con le pene comminate dal Codice contro qualunque autore di ferite, malattie o omicidi commessi con premeditazione. Colui che provocato accetta la disfida, non è tenuto

che come perturbatore della pace e punito come colpevole di tale delitto (3).

Il Belgio stesso, ove è ancora in osservanza il nostro Codice Penale del 1810, e la cui Corte Suprema, molto prima della nostra Corte di Cassazione, aveva tentato di comprendere il duello nelle disposizioni repressive dell'omicidio volontario e dell'assassinio, (4) il Belgio sta ora preparando una legge speciale sul duello: il Senato Belgio, nella Seduta de' 30 dicembre 1836, adottò (5) un progetto di legge che

(3) Avviso su i duelli pubblicato nel 1787 da Catterina, Digesto 14, Codice preventivo, art. 297 a 285, e 15 Codice Penale, art. 549 a 556.

(4) Decis. Cass. di Bruxelles del 12 feb. 1833 (Bull. di Cass. 1835, 43).

(5) Poche quistioni han patite tante fasi come nel Belgio quella della imputabilità del duello; nel 1817 una Decisione della Cassazione de' 9 luglio dichiarò che il duello era un fatto punibile. Tale era anche la giurisprudenza dell'alta Corte di Cassazione a Utrecht, (Decis. del 19 feb. 1818) e si tenne in questo sistema sino alla rivoluzione. Intanto, con Decis. del 7 Maggio 1831 la Corte di Bruxelles, in camera di sottoposizione ad accusa, decise che il duello, ove fosse eseguito con lealtà non andava soggetto all'applicazione di alcuna legge penale in vigore: questa Decisione fu pronunziata sulle uniformi conclusioni dell'avvocato generale de Cuyper. Il Giuri e l'Alta Corte militare hanno costantemente assoluti i duellisti. La corte di Bruxelles con Decisione del 20 febr. 1834 ti dichiarò di nuovo soggetti a pena. Finalmente, nel 12 feb. 1835 la Corte Suprema, su le conclusioni del Sig. Procurator Generale Plaisent, il quale avea nell'interesse della legge prodotto ricorso contro l'avviso del 7 maggio 1831 sopra citato, proclamò questo sistema con Decisione pronunziata a rapporto del Sig. Leclercq, allora Consigliere. A malgrado di questo arresto, continuò la scissura dei pareri. La Corte di Bruxelles, con Decisione del 27 nov. 1833 e 7 aprile 1836, e la Corte di Gand, con Decisione del 13 dicemb. 1836, si opposero alla Decisione della Corte Suprema. Quest'ultima Decisione fu causa che la quistione fosse disaminata in udienza solenne. La Corte perdurò nel suo avviso su le uniformi conclusioni del Proc. Gen. Leclercq, la cui requisitoria, per la sua importanza, si trova riportata per intero nel *Bullettino di Cassazione* del 1817, p. 169, ove si trova esposta tutta la giurisprudenza su tal soggetto. In processo di tempo vi furono ancora de' dispareri nella giurisprudenza; ma pare che le Corti di appello volessero uniformarsi alla giurisprudenza della Corte Suprema, come fan fede le seguenti Decisioni. Decis. della Corte di Liegi del 20 feb. 1835 e 3 feb. 1836; della Corte di Gand del 30 aprile 1836 e Corte di Bruxelles del 1839 causa Bira.

L'antica legislazione del paese si mostrò sempre

(1) Sig. Mittermayer, analisi del diritto crim. 1834.

(2) L. 2 e 5, art. 358 e 363.

contiene le seguenti disposizioni: La provocazione al duello è punita con una prigionia di due a tre mesi e con un'ammenda di 100 a 500 franchi, l'ingiuria che ha data causa alla provocazione va punita con una prigionia di un mese ad un anno e con un'ammenda di 100 a 1000 franchi. Il duello, quando non abbia prodotto nè omicidio nè ferite, va soggetto ad una prigionia che può elevarsi sino a 18 mesi e ad un'ammenda che può giungere a 1500 franchi. Da ultimo, se siasi dichiarato concorrere a pro dell'accusato delle circostanze attenuanti, la pena si riduce ad una prigionia che non può eccedere due anni e ad un'ammenda di 300 a 3000 franchi, quando le ferite abbian prodotto incapacità al lavoro per più di 20 giorni, e se il duello è seguito da morte la pena discende ad una prigionia di due a dieci anni e ad un'ammenda di 1000 a 10000 franchi.

L'Inghilterra è quasi il solo paese che abbia attinte dalla legge comune le pene cui applica all'omicidio commesso in duello. Di fatti, il duello non fu preveduto in alcuna disposizione particolare, e però si è cercato non poche volte, ed in gravissimi casi, di sottoporre l'omicidio commesso in duello all'applicazione della legge comune; ma quest'intentativi di rado furon coronati da successo, e Blakston attesta le repugnanze mostrate dal Giuri a confondere i duellisti con gli assassini. Tutto al più, la legge Inglese permette di punire il duello come omicidio volontario, senza applicare una pena sproporzionata alla sua gravità. Di fatti, essa distingue due specie di omicidi: l'assassinio (*murder*) e l'omicidio volontario (*manslaughter*). Or, questa ultima categoria d'imputabilità, nella quale si confondono fatti tra loro totalmente diversi, come ad esempio l'omicidio commesso dietro provocazione, in stato di legittima difesa, ed anche per imprudenza, lascia al giudice la facoltà di applicare sia la trasportazione, sia una prigionia di quattro anni, sia una semplice ammenda. Da ciò è chiaro che una disposizione, la quale lascia tanto arbitrio, fa bene le veci delle disposizioni speciali che possono esser richieste dalla natura del reato.

severa contro questa assurda usanza. Prova di ciò sono gli editti del 14 marzo 1636, 14 giugno 1638, 23 novembre 1667, 30 marzo 1669, l'editto degli stati di Olanda del 30 marzo 1657. Il Codice Penale dell'Olanda, pubblicato nel 31 di decemb. 1808 puniva severamente il duello.

Da questo rapido cenno delle legislazioni straniere risulta che la ragione e l'esperienza dei popoli han riconosciuti e proclamati nel duello dei caratteri speciali, e non han tentato di reprimerlo che assoggettandolo a una imputabilità distinta per mezzo di leggi speciali. Così la nostra tesi viene affiancata dall'autorità di tutte queste legislazioni, da questo universale consentimento de' popoli, e noi possiamo ripetere col Sig. Merlin: l'omicidio commesso in duello non è nè omicidio volontario nè assassinio: è un fatto distinto che ha i suoi caratteri propri, e non può esser punito che da una legge particolare.

Siamo ormai giunti al termine di questa lunga discussione; eccola riassunta in poche parole.

Le ferite e gli omicidi commessi in un duello, che già pria del 1789 eran preveduti da una legislazione speciale, non furon compresi nelle leggi penali sanzionate in quel tempo, e ciò sia perchè l'Assemblea Nazionale, in abolire la nobiltà, abbia potuto credere caduto quel pregiudizio sul punto di onore, che era la più feconda sorgente dei duelli, sia che abbia confidato nei progressi della ragion pubblica per distruggere questa fatale usanza che non avea mai ceduto al rigore degli editti. Noi abbiam passo passo seguito il corso della legislazione, ed abbiam sempre trovate le tracce di questo pensiero. Ma ciò era poco; il Codice penale del 1810 avea imitato il silenzio del Codice del 1792, nè bastava al nostro scopo notare questa lacuna; uopo era indagare i caratteri del duello e raffrontarli con quelli dei reati comuni coi quali pretendesi doversi quello confondere. Epperò, abbiam successivamente dimostrato che il duello esclude la intenzione criminosa, il dolo che costituisce l'elemento essenziale dell'omicidio volontario e dell'assassinio; che esso, per le circostanze onde va accompagnato, costituisce un fatto totalmente distinto da questi reati; che le disposizioni del Codice ripugnano a questa applicazione, giacchè ne risulterebbero delle ridicole anomalie, delle contraddizioni patenti. Abbiamo da ultimo messi in mostra gli svariati atti del legislatore, che, intervenuti dopo la promulgazione del Codice, hanno costantemente dato a vedere che il duello non è compreso nelle disposizioni del Codice e che non possono essergli applicate le sue pene.

Forse ciò significa che ci sia venuto in

mente di costituirci apostoli del duello, e sostenitori di questo barbaro pregiudizio? No certamente; noi non abbiamo inteso di vedere nè abbiamo veduto in questa discussione altro che una controversia d'interpretazione del Codice, cui ci abbiamo tolto il carico di spiegare. Senza dubbio noi non vediamo soltanto nel duello, come altri scrittori, un avanzo della barbarie del medio evo, retaggio a lui venuto dai Franchi e dai Germani. « Se questa inumana usanza diceva il sig. di Portalis nella Camera dei Pari, non avesse altre radici che delle ricordanze storiche o delle antiche tradizioni, sarebbe già da molto scomparsa da noi con tante altre. Uopo è confessarlo, la sua sorgente sta in un esagerato sentimento della umana dignità, e ciò l'ha tenuta in vigore in un secolo sì geloso dei diritti della umanità, a malgrado che questo sentimento sappia di erroneo, di esagerato, di sanguinario. » Ma mentre noi diamo al duello questo carattere non contendiamo alla società il diritto di punirlo. La vita della società è inconciliabile col diritto che si arrogasse ciascuno dei suoi membri a farsi giustizia con le proprie mani; il suo scopo è di sostituire alla giustizia individua la giustizia sociale, alla vendetta privata delle offese, la punizione pubblica. I duelli non possono esser permessi perchè la sicurezza e la vita degli uomini non possono essere abbandonate ai capricci di un falso punto di onore, poichè la sfida alle armi e l'effusione del sangue, avvenute nel seno di una incivile società, costituiscono una offesa alla pace pubblica che debbe esser punita dalle leggi. Anche tollerandole, questa legge si renderebbe complice della crudeltà e del danno delle loro conseguenze, essa diventerebbe omicida; ma in punire il duello la legge non delibe perder di vista nè la sua indole speciale, nè le circostanze che lo distinguono dai reati comuni, nè i costumi che tuttora lo proteggono; il duello merita pena, ma merita anche che sia valutato il suo intrinseco carattere, che si metta in proporzione la pena col suo valor morale. Ecco riassunta tutta questa dissertazione (a).

Non altro ci rimane per terminare questo paragrafo che mettere in mostra le pene applicabili al misfatto di assassinio.

Questa pena ha poco variato quasi presso

(a) Vedi *appendice*, in fine del capitolo, per ciò che riguarda la legislazione delle Due Sicilie sul duello.

tutti i popoli; la morte è stata la pena comune dell'assassinio (1).

Anche coloro che sonosi studiati di restringere l'applicazione di questa pena l'hanno riservata per tale reato. È paruto che se cessava d'esser dubbia la legittimità di questa pena, ciò avveniva alla vista del cadavere di un uomo assassinato, e che la coscienza, dopo avere scandagliata la gravità del misfatto, avesse designata questa sola pena per sua espiazione. « La pena dell'assassinio è la » morte, diceva il signor Faure innanzi il » corpo legislativo, è la pena del taglione. » Qualunque altra pena, per quanto rigorosa » sa potesse essere, non sarebbe di sufficiente » repressione, e spesso porterebbe all'impunità. Se non fosse questa la pena, l'odio e » la vendetta di un vile potrebbe satollarsi, » con un cimento troppo ineguale, contro un » cittadino di cui meditasse la morte, il primo » non metterebbe in rischio che la sua libertà, mentre l'altro cimenterebbe la sua vita. »

Anche nel nostro antico diritto la morte era paruta una pena non sufficiente, e si variavano le atrocità dei supplizi secondo che il reato fosse stato accompagnato da circostanze più o meno atroci. L'editto di luglio 1547 portava: chiunque, sia nobile sia artigiano, di qualunque stato e qualità, il quale abbia commesso omicidio volontario, omicidio con agguato ed assassinio, sarà punito con la morte sulla ruota senza commutazione di pena qualunque essa sia. Ma, oltre a questa pena principale, la giurisprudenza aveva annesse all'assassinio delle pene accessorie, cioè l'amenda, la mano tagliata, il corpo della ruota buttato al fuoco e le sue ceneri disperse al vento (2).

(1) Genesi, cap. 9, vers. 6; Esodo, cap. 21, N. 12 e 14; Levit., cap. 24, N. 17; 1. 4, § 5 Dig. de securis; 1. 3, C. de Episcopis, § item lex Cornelia; Instit. de publicis iudiciis; Farinaeus, quest. 119, N. 12; Giulio Claro, § homicidium, N. 18.

(2) Decisione del Parlamento del 7 maggio 1736 la quale condannò Niccolò Lefèvre a fare una espiazione di onore in ginocchio, nudi il capo e i piedi, in camicia, con la corda al collo, ad aver la mano tagliata, a morire sulla ruota indi buttato al fuoco e le sue ceneri disperse al vento. Decisione del 26 novembre 1733 che condannò Miebelle di Reuton ad essere squartato vivo sulla piazza di Ginevra, e a morir sulla ruota; lo condannò inoltre a 500 lire per costruirgli un epitaffio ove si scolpisce la sua condanna, e ad una sufficiente somma per istituire in chiesa un servizio perpetuo per l'eterna requie dell'anima della vittima.

Questi atroci ed inutili supplizi, che tuttora si mantengono in qualche moderna legislazione, disparirono dalle nostre leggi sin dal 1789. L'assemblea Costituente proclamò che: « la pena di morte consisterebbe nella semplice privazione della vita, senza che si potesse mai adoperare tormento alcuno su i » condannati. » Non di meno, il Codice del 25 settembre — 6 ottobre 1791, dopo aver dichiarato che l'omicidio, commesso con premeditazione, sarebbe dichiarato assassinio e punito di morte, aggiungeva questa disposizione: « chiunque sarà stato condannato a morte per misfatto di assassinio, d'incendio o veneficio sarà condotto nel luogo della esecuzione vestito con camicia rossa. »

Questa disposizione non è stata mantenuta dal nostro Codice, il cui art. 302 (352 § 4) porta semplicemente: ogni colpevole di assassinio sarà punito di morte. Questa stessa pena si trova d'ora innanzi riserbita pei casi più gravi, giacchè l'applicazione delle circostanze attenuanti, essendo generale per tutti i reati, dà facoltà di sostituire alla morte le pene dei lavori forzati perpetui, ed anche temporanei.

§ 5.

Del veneficio.

Il veneficio è un vero assassinio. Se esso non venne compreso nella categoria di questo ultimo misfatto ciò fu perchè era uopo particolareggiare i suoi caratteri, indicare i suoi elementi costitutivi. Ma se diversi sono i mezzi di esecuzione lo scopo è lo stesso, e le due azioni sono improntate della stessa realtà.

Il veneficio anzi rivela forse una perversità più intensa. « La perfidia che anima questo reato, dicea Muyard de Vouglans, è la impossibilità in cui si è di schermirsi da' suoi attentati, mentre spesso il veleno ci è propinato da quelli coi quali usiamo più familiarmente, e dei quali meno crediamo dover diffidare, lo rende senza dubbio il più grave e il più degno di pena. La legge Romana lo noverava tra misfatti in un grado più criminoso di quelli commessi col ferro: *plus est hominem extinguere veneno quam occidere gladio* (1); questa idea, allorchè si compilava il codice, venne sviluppata dall'oratore del corpo legislativo.

« Il progetto della legge, diceva egli, a » buon diritto agguaglia all'assassinio il reato » di veneficio. Questo ultimo è anche più » formidabile ne' suoi effetti, giacchè spesso » travolge una famiglia intera in quella ruina » di morte che per esso si meditava contro un » solo de' suoi membri. È più pericoloso ne' » suoi mezzi, per le svariate combinazioni » mortifere che l'uomo ha inventate o furate » alla natura, per la facilità di preparare e » consumare l'attentato, e di celare la tracce » del suo autore. »

Molte legislazioni, determinate da queste osservazioni, non si sono limitate ad applicar la pena di morte al veneficio, ma l'hanno anche esasperata con de' supplizi. La nostra antica giurisprudenza riguardava la pena della ruota come troppo mite per questo misfatto, epperò non la comminava che di rado. La più parte delle decisioni della Corte de' parlamenti, rendute in casi di veneficio, condannavano i colpevoli ad esser bruciati vivi (2). Il Codice del 1791 voleva che il condannato fosse condotto al supplizio vestito di camicia rossa. L'articolo 856 del Codice di Prussia prescrive che il reo sia portato su di un traino sino al luogo dell'esecuzione. Le leggi penali di Napoli comandano che il condannato sia condotto al luogo della esecuzione co' piedi nudi, vestito di nero, e con un velo nero sul volto (art. 6. e 352). L'articolo 302 del Codice penale non ha imitate queste inutili crudeltà; esso dice semplicemente: « Qualunque reo di assassinio, di parricidio, d'infanticidio e di veneficio sarà punito con la » morte. » Questa pena può anche variare ed attenuarsi quando il colpevole può allegare delle circostanze che temperar possano la gravità del reato.

Ma quando vi ha veneficio? Quali sono gli elementi costitutivi di tal reato? Questa difficile questione non era stata risolta nè dall'articolo 5 dell'Editto di luglio 1682, che definiva l'avvelenamento *per attentato alla vita di una persona* commesso col veleno, nè dall'articolo 12 del titolo 2 del codice del 1791 il quale in modo più conciso diceva: « l'omicidio commesso volontariamente con veleni sarà qualificato veneficio. » Queste vaghe for-

(2) Vedi la decisione di sett. 1764 contro Roy. de Valine; del 3 Marzo 1732 contro Eugenio Picq. del 15 decem. 1732 contro Maria Tescier; dal 2 ott. 1734 contro Pietro Guet.

(1) L. 1, C. de Malef. et Mathem.
CHAUVEAU TOMO II.

mule d'imputabilità avean dato luogo ad interminabili quistioni, e per dileguarle, il nostro legislatore si è studiato di fissare con maggior precisione, nel nostro Codice, i caratteri del reato.

L'articolo 301 (350) è così concepito: È qualificato per veneficio qualunque attentato alla vita di una persona, eseguito per mezzo di sostanze che possono più o meno prontamente dar la morte, in qualunque modo queste sostanze sian state somministrate, e qualunque ne sieno le conseguenze (a).

Da tale definizione deriva che due condizioni son richieste dalla legge perchè abbia vita questo reato: la prima che vi sia attentato alla vita, cioè volontà di attentare alla vita di una persona seguita da completa o tentata esecuzione; la seconda si è che l'attentato si commetta per mezzo di una sostanza atta a dar la morte secondo i modi onde fu somministrata. Questi due elementi richiedono qualche sviluppo.

Innanzi tutto egli è chiaro che l'attentato alla vita suppone la volontà di uccidere, poichè non può esservi reato se non vi sia volontà di commetterlo. Questa triviale osservazione qui non torna inutile, poichè le persone che adoperano il veleno non sempre conoscono la sua forza, e sentirebbe d'ingustizia accagionarli di un avvenimento casuale che non abbian potuto prevedere. Un medico somministra ad un infermo, come medicamento, una sostanza velenosa a dose troppo forte e contro le regole dell'arte: se da ciò ne viene la morte, potrà il medico esser giustamente accagionato d'imperizia e d'ignoranza, ma non di veneficio perchè non ebbe intenzione di attentare alla vita. Rechiamo un altro esempio: una moglie, per impedire che suo marito intraprenda un viaggio che le dà pena, gli somministra una bevanda, onde essa crede dovergli venire una lieve infermità, ma che invece ragiona la morte: questa moglie sarà certamente colpevole ma di tutt'altro reato che di veneficio, perchè essa non aveva intenzione di attentare alla vita di suo marito.

(a) Le parole segnate in carattere corsivo furono soppresse nelle leggi penali delle Due Sicilie; statutasi, cogli articoli 69 e 70, una gradazione di pena tra il reato *tentato*, *mancato* e il consumato, non poteasi più tenere, come indifferente alla definizione legale del fatto, la valutazione delle sue conseguenze. (Edit. Nap.)

La volontà di dar morte col veleno suppone necessariamente la premeditazione, poichè la esecuzione del reato richiede dei preparativi e delle combinazioni che rivelano un disegno meditato. Muryat de Vouglans definiva perciò il veneficio: « Il mislato di coloro che con *deliberato proponimento* attentano alla vita altrui col veleno. » I compilatori del codice han stimato inutile cosa ripetere questa condizione del reato perchè credevano vi fosse inseparabile: « Il misfatto di veneficio, porta la esposizione dei motivi, è un vero assassinio perchè suppone necessariamente un disegno precedente. »

A norma di questi principi, la Corte di Cassazione ha deciso che cade in contraddizione il Giuri quando dichiara: che l'accusato sia colpevole di veneficio volontario ma senza premeditazione. « Attesochè, trattandosi di veneficio, non doveasi proporre quistion di premeditazione mentre la legge non l'avea menzionata che rispetto agli omicidi semplici; che nella specie, essendo, per la natura del fatto, inseparabili la circostanza della volontà e quella della premeditazione, ed impossibile che l'imputato avesse propinato e mischiato dell'arsenico alle vivande preparate pel suo padre, senza aver ciò premeditato, le due risposte del Giuri costituiscono una contraddizione che distrugge la sua dichiarazione (1).

Importanto, se il veneficio suppone intrinsecamente la premeditazione, questa circostanza non è essenziale al fatto. « Non è difficile, diceva il sig. Rossi, avere un veneficio senza premeditazione nell'atto di un servo che, gravemente provocato dal padrone nel mentre gli va a presentare una bevanda, e trovandosi in mano una sostanza la quale in forte dose può cagionar la morte, getta nella tazza ciò che doveasi sorbire in cinque o sei giorni (1). In verità, questo esempio è preso in certi fatti che di rado il caso può combinar fra loro, pure prova che la premeditazione è la regola generale; ma può darsi eccezione comechè non preveduta dalla legge: essa non si è occupata che dei fatti più frequenti, li ha elevati a norma generale, li ha costituiti a fondamento di una disposizione uniforme la cui applicazione può consacrare dei gravi errori. Il solo mezzo che abbia il giudice per correg-

(1) Decis. Cass. 26. vend. ann. 14. Dalloz, t. 23, 266.

(2) Trattato di diritto Penale, t. 2. p. 118.

gere queste mende sta nella dichiarazione delle circostanze attenuanti, mezzo insufficiente ma che almeno dà campo, se non di proporzionare al reato le pene, almeno di attenuarle.

Fissati questi principi, ci facciamo a seguire il corso dell' attentato valutando ad ogni passo la reità dell' agente ed i caratteri della sua azione. Così verremo successivamente a stabilire quali sieno gli atti preparatori, quale il cominciamento di esecuzione e quali gli atti che costituiscono sia il tentativo, sia la consumazione del veneficio.

« Colui che ha concepito il disegno di veneficio, diceva l' oratore del corpo legislativo, non è colpevole agli occhi della legge: la morale lo accusa e lo condanna, la giustizia però non può chiedergli conto del suo pensiero, ma se questo si manifesta per fatti, sorge la legge a colpirli e dar loro un carattere legale. » Quali sono questi fatti che entrano nel dominio della legge? uopo è rapportarsi all' articolo 2 del nostro codice (69 e 70 ll. p.): uopo è distinguere i fatti esterni dai fatti di esecuzione.

« Concertare l' avvelenamento di una persona, diceva il sig. Rossi, procurarsi del veleno, consegnarlo a chi è incaricato di propinarlo non sono che atti preparatori del veneficio, non vi è ancora cominciamento di esecuzione (1). » E per fermo, questi atti non tendono che ad agevolare l' attuazione del pensiero criminoso, essi precedono l' esecuzione del misfatto, ma non gli danno cominciamento, non manifestando che un progetto; ancora non fu adempiuto alcuno di quegli atti il cui insieme costituisce il reato.

Questo principio è sì vero che l' ha vinto su lo stesso testo della legge Romana. La legge 3, Dig. ad leg. Corn. de sicariis portava questa disposizione assoluta: *Qui venenum necandi hominis causa fecerit, vel venderit, vel habuerit plectetur*. Da queste parole ne risulta che il solo fatto di comprare o vendere del veleno, accompagnato da un disegno criminoso, era sufficiente a costituire il reato. Intanto, i Commentatori hanno lottato contro questa rigorosa interpretazione. Menochio, seguendo Baldo, ha proposto una distinzione poggiata sull' uso o non uso del veleno: *Cum iste qui tentat veneno necare, venenum emit sed non propinacit vel impeditur, vel poenitentia ductus solum puniri debet ex-*

tra ordinem arbitrio judicis: quoniam is ad actum remotum tantum processit (2). Questa pena straordinaria era la semplice ammenda. Farinacio riproduce ed adotta questa distinzione (3). Jousse segue l' opinione di questi dottori: « uopo è intanto osservare, ha detto egli, a riguardo di coloro che preparano ed apprestano o dispongono del veleno per avvelenar qualcuno, o che lo comprano collo stesso fine, che essi non debbono essere puniti con la morte se non quando mettono in atto il loro disegno facendo qualche cosa che possa tendere a cagionar la morte (4). »

Questa decisione è stata applicata in una celebre causa, quella della signora Levaillant. Dai dibattimenti risultava che l' accusato aveva formato il disegno di avvelenare la sua matrigna, che si avea comprato un servo di questa, e che in un convenio segreto con detto servo gli avea consegnata una bottiglia contenente il veleno che dovea somministrare; che di poi tutto a un tratto, sia che avesse inteso qualche strepito cagionato dai testimoni, sia che avesse cangiato pensiero, ella avea gridato: « restituitemi la bottiglia, io rinunzio a tutto. » Questi fatti han dato luogo ad animate discussioni; costituivano essi forse dei semplici fatti esteriori? Era forse un libero e spontaneo sentimento quel che avea ritratto l' accusata dal suo proposito? Questa ultima questione che versava tutta nel fatto fu decisa negativamente; ma il Giurì dichiarò che gli atti verificati nei dibattimenti non costituivano mica il cominciamento di esecuzione del reato, che il comprare il veleno, preziosare il servo, rimettere a lui questo veleno non costituivano che dei preparativi. Questa dichiarazione fu seguita dall' assoluzione dell' accusato (5).

Il primo atto di esecuzione è il mescolare il veleno nelle vivande destinate alla vittima. « Il veleno è versato, diceva il sig. Rossi, e si sta per propinarlo alla vittima, noi non dubitiamo ad affermare che vi sia tentativo, e che questo duri finchè si è ancora a tale che il colpevole possa impedire la consumazione del reato, o un qualunque avvenimento possa sos-

(2) De arbit. jud. casu 360, N. 47.

(3) Quest. 122. N. 40.

(4) Trattato della giurisprudenza criminale, t. 4. p. 43.

(5) Decis. Corte d' Assisa della Senna degli 11 maggio 1811, Sirey, t. 11, n. 410.

(1) Trattato del diritto Pen. t. 2, p. 301.

penderla (1). Di fatti, il tentativo è il cominciamento di esecuzione; or, la esecuzione è senza dubbio cominciata quando il veleno è stato preparato e meschiato alle vivande destinate per la persona che si voleva morta; dappoichè, per consumare il reato non rimane che l'uso di queste vivande; sino a che il veleno non sia sorbito, l'agente, che lo ha presentato a colui cui vuole avvelenare, colto dal pentimento può rivenire su i suoi passi e distruggere il reato distruggendone l'istrumento.

Il Codice del 1791 conteneva su di ciò una disposizione espressa: Non pertanto, se pria che il veneficio siasi consumato o pria che sia scroverto l'avvelenamento delle vivande o bevande, l'avvelenatore ristasse dalla esecuzione del reato; sia distruggendo le dette bevande o vivande, sia impedendo che se ne faccia uso, l'accusato sarà assoluto. Se questo articolo non è stato riprodotto fu perchè l'articolo 2 (69 e 70) lo rendeva inutile; la esposizione dei motivi si è espressa chiaramente intorno a ciò. « Questa disposizione, ha detto il sig. Faure, era necessaria quando fu adottata, perchè allora non vi era alcuna legge contro il tentativo di questo reato. Ma l'articolo 2 del nuovo Codice (69 e 70 ll. p.) che lo prevede e lo definisce, annunzia chiaramente che nessuno di questi tentativi può esser riguardato come lo stesso reato, quando la esecuzione fu impedita dalla volontà dell'autore e non da circostanze fortuite e da lui indipendenti. »

Applichiamo questo principio ad un esempio. Un individuo getta delle sostanze velenose in un fonte ove suppone che andrà a bere colui che egli vuole avvelenare. Questo fatto costituisce evidentemente un tentativo di veneficio. Il veleno è preparato, la persona contro cui si dirige può a momenti diventare la vittima. Pare che tale sia anche l'avviso di una Decisione della Corte di Cassazione citata da Carnot (2), e tale è anche la opinione degli antichi autori: *Invenenanti fontem seu puteum qui tenentur de homicidio, si aliquis ex illa aqua perierit; morte alicujus non excusa non intrat poena ordinaria mortis* (3). Se dunque l'agente, rinunciando al suo disegno, va a prevenire la persona designata a vit-

tima innanzi che essa abbia usato dell'acqua avvelenata, svanisce il misfatto che era in semplici preparativi, il pentimento era ancora efficace, esso cancella la reità del tentativo. Ma se in quell'intervallo altri avesse attinto dell'acqua in quel fonte e fosse soccombuto all'attentato del veleno, si avrebbe un reato consumato in persona di quest'ultimo, quindi l'agente sarebbe responsabile delle conseguenze della sua azione.

Tosto che il veleno è stato trangugiato il misfatto è legalmente consumato; di fatti, nell'altra rimane all'agente, l'azione criminosa è compiuta; essa non può cangiare di natura sieno qualunque le sue conseguenze. « Si presume sempre che l'avvelenatore abbia voluto dar la morte, quando anche il difetto della quantità o qualità delle sostanze velenose, la forza del temperamento, i soccorsi dell'arte o altre circostanze estranee al colpevole, abbiano salvata la vittima (4). « Così, suppongasì che il veleno sia rimasto neutralizzato da una medicina che l'avvelenato dovea prendere, senza che nulla ne sapesse l'avvelenatore, il reato non ha effetto ma rimane sempre reato e agli occhi della coscienza e a quelli della legge (a). Rechiamo un altro esempio: colui che dopo aver presentato il veleno alla vittima designata si allontana, ma vinto dai rimorsi e dal timore torna immediatamente per impedire la consumazione del misfatto e trova che la fatale pozione ha già portata la morte nei visceri della vittima, il morente può perdonargli ma la giustizia lo condanna (5).

Intanto, se lo stesso avvelenatore abbia impedita la esecuzione del suo reato, se dopo aver atteso che la vittima trangugiassero il veleno, colto dal pentimento, gli somministri di propria volontà un antidoto che lo salvi da morte, sarà egli reo del misfatto? Il sig. Monseignat nel suo rapporto al corpo legislativo si esprime in questi termini: « L'Assemblea Costituente nel suo Codice Penale avea proclamata l'impunità per l'avvelenatore che volontariamente stornasse o prevenisse gli effetti del veleno. I compilatori del nuovo progetto non hanno sconosciuta la utilità di questa disposizione, quantunque non l'abbiano formalmente enunciata nel titolo che ci occu-

(1) Trattato del diritto Penale, t. 2. p. 301.

(2) Decis. di cass. 7. luglio 1814, citato da Carnot nel suo commentario al cod. Pen. art. 301.

(3) Farinaccio, quest. 122, N. 12.

(4) Discorso di Monseignat al corpo Legislativo. Loc. cit. 30. p. 331.

(a) Vedi nota appresso, p. 117.

(5) Rossi trattato di diritto Pen. t. 3. p. 37.

pa; essa trovasi in un articolo preliminare che ha ottenuta la vostra sanzione (art. 2 C. P.) (69 e 70 ll. p.) era dunque inutile ripetere per i casi di venefici un principio che per la sua generalità si applica a tutti i reati; e tutte le volte che l'avvelenatore avrà liberamente e volontariamente prevenuti gli effetti del veleno, la società godrà di non vedere né condannato né vittima (1).

Questa opinione, qualunque espressa da un membro della commissione di legislazione, non è fondata, e osserviamo da prima che essa poggia sopra un error materiale. Il Codice Penale del 1791 non dichiarava affatto che l'avvelenatore, il quale avesse da sé stornati gli effetti del veleno, non potesse andar soggetto ad azione penale; esso limitavasi a prescrivere che: « se innanzi di recarsi in atto il veneficio, o di scoprirsi l'avvelenamento delle bevande, l'avvelenatore arresti la esecuzione del reato sia disperdendo le dette bevande o vivande, sia impedendo che se ne faccia uso, l'accusato sarà assoluto (2). Egli è chiaro, ed ogni parola dell'articolo è una prova, che il legislatore del 1791 non abbia voluto prevedere se non il caso di venefici non recati in atto, di attentati non ancora compiuti, in una parola, il caso in cui non ancora sieno state prese le bevande o vivande avvelenate. Fino a questo punto, come noi l'abbiamo osservato, l'azione non è che un semplice tentativo; esso può esser sospeso o interrotto sia da circostanze fortuite, sia dalla volontà dell'autore, il cangiamento di questa volontà, manifestato con la dispersione delle vivande, fa svanire il reato; questa circostanza, nel Codice del 1791, ha dovuto esser preveduta da una disposizione particolare, perchè questo Codice non conteneva, come quello del 1810, una disposizione generale sul tentativo dei misfatti. Il sig. Monseignat si è dunque male apposto in citare il Codice del 1791, ma la sua opinione non potrebbe esser seguita né anco in virtù dell'articolo 2 Codice Penale (69 e 70 ll. p.). Di fatti, questo articolo non si applica che al tentativo il quale non si sia manifestato che con un cominciamento di esecuzione, e sia fallito di effetto. Or, quando l'agente ha fatto prendere il ve-

no alla vittima designata, l'azione è interamente eseguita, il misfatto è legalmente consumato; non vi è più semplice tentativo ma esecuzione completa; la desistenza volontaria non ha più effetto alcuno agli occhi della legge, perchè non potrebbe più arrestare un atto che trovasi già completamente eseguito.

Il pentimento del colpevole, gli atti che adopera per strappare la sua vittima alla morte, saranno senza dubbio delle circostanze attenuanti del suo reato; ma giusta i termini chiari e precisi dell'articolo 301 (350) questo reato è legalmente completo per l'attentato alla vita di una persona, commesso mercè la somministrazione volontaria di sostanze venefiche qualunque sieno le conseguenze. Di questo avviso si è manifestato anche il professore sig. Haus, discutendo tale questione (1) (a).

(1) Osservaz. sul projet. del Cod. Pen. presentato alle Camere del Belgio, t. 3, p. 134.

(a) Per non andare errati nell'applicazione di questi esempi uopo è disaminarli paritemente, poichè non tutti i fatti, in essi presentati, hanno lo stesso valor morale. E per fermo, altra è la qualificazione legale del fatto, allorchè il veneficio non cagionò la morte per difetto della qualità o quantità della sostanza venefica; altra quando ciò sia avvenuto per soccorsi dell'arte o altre circostanze estranee al colpevole; altra finalmente quando lo stesso colpevole corre in tempo a stornare gli effetti del suo attentato.

1. Allorchè la sostanza venefica non cagiona la morte, per difetto di sua qualità o quantità, il veneficio non solo dir non può: consumato, ma nè anco mancato, non vi è allora che semplice tentativo. Ed in vero, il tentativo si ha ogni qualvolta al colpevole, giunto ad atti prossimi di esecuzione del reato, rimanga a fare altra cosa per recarlo a compimento. Or, puossi mai dire che nel proposto caso il colpevole abbia esauriti ogni sua possa per raggiungere il criminoso scopo? No, la scelta del mezzo fu troppo avventata, il reo poteva con migliore avvedimento addarsi della insufficienza della sostanza, gli rimaneva ancora esaminare la efficacia del feroce strumento di morte, adoperarne tale che fosse d'immanicabile effetto; che anzi, se la quantità della sostanza venefica non sia per sua intrinseca natura atta a dar morte, allora non vi è nè anche tentativo, dappoichè, in questo caso non solo non può dirsi che nulla rimaneva al colpevole ad operare per giungere alla consumazione del misfatto, ma non può nè anche asserirsi che questo non abbia avuto luogo per circostanza fortuita, imperchè non è fortuito ciò che avviene secondo la ordinaria leggi fisiche della natura. Lo stesso vale quando la morte non avvenga perchè il tossico non sia stato preparato in modo da sviluppare la sua venefica forza. Così, una Gran Corte Criminale avea dichiarato

(1) Rapporto della Commissione del Corpo legislativo. Locré, t. 3o, p. 301 e 309.

(a) Art. 16 della prima sessione del titolo 1, a. 1 parte cod. del 25 settembre — 6 ottobre 1791.

Dalle precedenti osservazioni ne deriva che il primo elemento del reato di veneficio è l'at-

teco di mancato veneficio un individuo, a malgrado che il rapporto dei periti chimici, ritenuto nel fatto dichiarasse che la pietruzza rinvenuta nella zuppa era *sublimato corrosivo* e del peso di circa cinque grammi, che si fatta sostanza, anche nella quantità di un gramo e mezzo, può uccidere come veleno, che però sebbene sia solubile nell'acqua, vi si richiede sempre un liquido il quale sia almeno di peso sedici volte maggiore del suo, quando ci si trovi nella temperatura ordinaria; che nemmeno ciò può avvenire ove ella non sia antiepatamente polverizzata, o agitata fortemente nel liquido; e che perciò non concorrendo nel fatto queste circostanze ella non poteva lasciare incontaminata la zuppa, malgrado il contatto con essa, e così pure lasciar salva la donna malgrado che buona porzione del cibo fosse stata da lei trangiugiata. Per talvi ricorso in Corte Suprema la decisione fu annullata, come erronea nella definizione del reato (*).

2. Allorché il veleno riesca inefficace per forza del temperamento della vittima, pel soccorso dell'arte o per altro circostanza estranea ed indipendente dal colpevole allora si è nel caso del veneficio mancato.

3. Più difficile però è la soluzione del dubbio nella terza ipotesi; che non si possa da noi adottare l'avviso dei nostri autori, ritener questo caso come veneficio consumato, ognun lo vede. Le Leggi Penali qui vigenti han soppressa le parole dell'articolo francese: *qualunque sieno le conseguenze*; esse non han voluto fare, pel veneficio, eccezione al principio generale che proclama: non potersi dire consumato un omicidio se non quando sia avvenuta la morte.

Ma quali caratteri debbon mai attribuirsi a questo fatto? quelli del veneficio mancato, quelli del tentato o quelli dell'ipotesi dell'art. 73? A noi pare che questo fatto presenti i caratteri di veneficio mancato.

Di fatti, come può applicarsi a questo caso la disposizione dell'art. 73? Lo scopo politico di questo articolo fu di carcerare il pentimento dei delinquenti per salvare le vittime del delitto, arrestare con la lusinga dell'impunità l'opra fatale in punto da averla e certezza che si sieno sgornati le sue fatali conseguenze; appunto per questa certezza di sua tutela la società getta un velo di oblio sul criminoso disegno del colpevole. Ma qual certezza di saluto può dare, in questo caso, alla vittima del delitto il pentimento del delinquente? può forse la società ripromettersi da questo pentimento certa guarigione dell'avvelenato? No, questa respicenza può rimanere improficua, o perchè non si conosca, perchè non si trovi l'antidoto opportuno, o perchè riesca inefficace contro la forza del veleno. Or, come può la legge

lento alla vita; che questo attentato consiste nella volontà di dar morte ad una persona per mezzo di un veleno, seguito da un atto di esecuzione; che questa volontà trae seco necessariamente ed implicitamente la premeditazione a causa dei preparativi che richiede l'avvelenamento; che sia uopo scevrare con mollo studio gli atti esterni che costituiscono i preparativi e gli atti di esecuzione che costituiscono il reato stesso o il suo tentativo; che il primo atto di esecuzione è il mischiare il veleno nelle vivande, e che il reato è consumato tosto che il veleno passa nei visceri della vittima, qualunque ne sieno le conseguenze. Passiamo al secondo elemento del reato.

Questo elemento, formalmente definito dalla legge è che l'attentato alla vita sia stato commesso mercè una sostanza capace a dare morte, cioè, che poteva cagionar la morte nei modi e sotto la forma onde è stata somministrata. Da ciò molte interessanti conseguenze.

proclamare l'impunità per chi ha messa la vita di un cittadino in tal pericolo da sentirlo gli aneliti di morte e trepidare di sua salute su gl'incerti effetti di un farmaco? Qual simiglianza vi ha tra questo delinquente e colui che, dopo aver meschiato il veleno nella bevanda, quando la vittima designata stava per accostarsi al labbro l'avvelenata tazza, vinto dal pentimento, le arresta il braccio e frange in sua mano l'istumento fatale del delitto? Il primo si pente quando null'altro rimaneagli a fare pel compimento del misfatto, quando più del caso che da lui è dipesa la salvezza della vittima; il secondo si sotta a mezzo corso, arrestando le altre operazioni necessarie per raggiungerli il criminoso scopo, si pente quando ancora il suo operito non minaccia pericolo alcuno. Certamente non v'ha ragione che possa pareggiare queste due ipotesi nella mente del legislatore; se il secondo delinquente è garantito dall'articolo 73 non lo può essere il primo; questi è nel caso dell'articolo 69, poichè aveva già esaurita ogni sua possa pel compimento del reato. Nè vale opporre che non possa dirsi fallito l'effetto per circostanza *fortuita ed indipendente*. Dappoichè, fortuita fu la circostanza d'essersi trovato in tempo l'antidoto opportuno, da lui indipendente l'effetto di questo antidoto, mentre non era in lui comandare, sforzare il farmaco a distruggere la forza del veleno. Il suo pentimento non diede che occasione al fortuito effetto dell'antidoto, occasione propizia che può essergli remunerata col dargli il *minimum* del grado della pena.

La distinzione tra i caratteri del tentato o del mancato veneficio è, per le nostre leggi, di gravissimo interesse, poichè la legge coll'articolo 354, facendo eccezione agli articoli 69 e 70, punisce il veneficio mancato col solo 3° grado dei ferri, ed il tentato col 1. al 2. nel presidio. (Edif. Nap.)

(*) Decis. Corte Suprema degli 11 sett. 1837, causa di Domenico Arena, riportata dal Cav. Nicolini nelle sue quistioni di dritto, vol. 2. fol. 257.

Una sostanza velenosa può esser somministrata con la intenzione di produrre la morte, ma se sia provato che essa non avea la forza per tale effetto, quest' azione potrà, secondo i risultamenti che ne sien derivati, costituire un altro reato ma non quello di veneficio. Questa disposizione non è che l'applicazione di una regola generale vigente in fatto d'imputabilità. Ed in vero, per costituire il veneficio, del pari che l'omicidio volontario e l'assassinio, non è sufficiente la volontà di dar la morte, ma è uopo che un atto materiale di omicidio concorra con questa volontà. Or, se la sostanza propinata trovasi innocua, ancorchè all'insaputa dell'agente, il fatto materiale svanisce, non rimane altro che una intenzione criminosa più o meno certa, la quale sfugge all'azione della legge penale. Non bene dunque si appose un dotto medico, il sig. Marc, allorchè disse: Perchè questa indulgenza per uno dei più atroci tra gli attentati? l'assassino, i cui colpi incontrano, per fortunata casualità, dei corpi intermedi che garantiscono la vita della vittima non è perciò men soggetto a pena, mentre l'avvelenatore, ingannato dalla sua ignoranza nella scelta dei mezzi, rientra nella società senza patire la menoma punizione (1). Tra queste due ipotesi non vi è alcuna analogia: nel primo caso il corpo del delitto è certo, è un misfatto mancato; nel secondo non vi è neppur cominciamento di esecuzione, giacchè l'atto non poteva cagionare nocumento alcuno. Forse vi sarebbe analogia se l'assassino si fosse servito di una pistola scarica, o di un pugnale senza lama, allora anche svanirebbe il fatto materiale di esecuzione, nè potrebbe aver vita il reato. Egli è vero che l'articolo 301 (350) lasciava imprevisi i casi nei quali la sostanza, senza essere atta a dar la morte, pure avesse cagionata qualche malattia; ma questa lacuna fu appianata dal 2 § aggiunto all'articolo 317 dalla legge del 28 aprile 1832; questa disposizione novella, che noi disamineremo nel capitolo delle *percosse e ferite*, non fa che confermare il principio consacrato nell'articolo 301 (350) giacchè, quando le sostanze sono solamente nocive alla salute senza essere atte a cagionar la morte, l'azione, comechè commessa con volontà di uccidere, diventa obbietto

di una imputabilità diversa e di una diversa pena.

Così, quando una sostanza atta a produrre la morte, sia stata mescolata con altra che abbia neutralizzata la forza del veleno, colui che abbia propinato tale miscela, ancorchè abbia ciò fatto con animo di attentare alla vita di una persona, non è reo nè di veneficio nè di tentativo di tale misfatto. Così fu decisa questa quistione dalla Corte Speciale di Torn, in una causa che presentava il caso di essersi dato da un marito a sua moglie una certa dose di acido solforico mescolato con vino. Si è provato che quest'acido così mescolato avea perduto la forza velenosa, e l'accusato fu assoluto. Il Ministero Pubblico ricorse in Cassazione, e il suo ricorso fu rigettato (2).

Rechiamo un altro esempio. Uno scellerato intramette in una vivanda del vetro pestato nel fine di avvelenare le persone che doveano cibarsene; ma il vetro pestato, che la medicina ha per lungo tempo noverato tra i veleni, non ha alcun di questi caratteri, giusta le recenti scoperte fatte dalla scienza (3); questa sostanza non può esser risguardata che come un agente meccanico la cui azione è tanto meno nociva quanto meglio è polverizzata. Epperò, questo fatto, per quanto possa essere criminoso in sè, non costituisce mica il reato di veneficio.

Pure questo principio ha i suoi limiti, e e innanzi tutto può essere modificato dalla stessa casualità dei fatti. Una sostanza non velenosa, tenuta come tale dall'omicida, potrebbe esser giudicata atta a dar la morte se per effetto del caso fosse stata incorporata ad un veicolo che l'avesse trasformata in sostanza velenosa. Si cita l'esempio seguente: un individuo mette nel vino dell'antimonio metallico polverizzato, se questa sostanza fosse presa immediatamente non sarebbe nociva, ma al colpevole non riesce di propinarla subito alla vittima designata, epperò l'antimonio si trasforma a poco a poco in una sostanza velenosa: vi è allora misfatto di veneficio per-

(1) *Annali d'igiene e di medicina legale*, luglio 1830.

(1) B. Urguignon, giurisp. delle Corti criminali, sull'art. 301 (350). Questa decisione è dei 29 novembre 1819; un'altra decisione uniforme a questa fu renduta li 4 febbraio 1814.

(2) *Medicina legale* di Devergie, tom. 1. pagina 445. Edizione della Società tipografica.

chè la sostanza era atta a dar morte quando fu somministrata.

Pare inoltre risultar dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione che il misfatto ha vita quando anche la sostanza, atta di sua natura a dar la morte, non sia stata somministrata in quantità sufficiente a produrre questo effetto. « Basta, dice il Bourguignon, che cita queste due decisioni di cui non abbiamo potuto rinvenire i testi, basta che le sostanze sieno *mortifere*, cioè tali da poter produrre la morte, di tal che non sia mica necessario interrogare il Giurì sulla quistione: se la quantità era sufficiente (1). I termini dell'articolo 301 (350) difficilmente si prestano a questa rigorosa interpretazione; di fatti, essi richieggono che l'attentato alla vita sia stato commesso mercè sostanze che *possono dar la morte*, non basta dunque che le sostanze propinate sieno di natura *mortifera*, vopo è che abbiano in sé la forza di apportar la morte. Altrimenti, sarebbe sufficiente una minima dose di veleno per costituire il tentativo del reato di veneficio. Del rimanente, se i termini delle citate decisioni sono stati esattamente interpretati, è da presumersi che la Corte di Cassazione sia stata determinata a quell'avviso dall'impunità che avrebbe goduto il colpevole se la dose del veleno fosse stata insufficiente ad apportar la morte: questa impunità non si vedrebbe più oggi giorno, giacchè l'articolo 317 soverchia al silenzio dell'articolo 301 con prevedere e punire il veneficio quando non abbia prodotta che una semplice malattia.

La pratica ha fatto nascere una quistione che giova disaminare. La scienza ha osservato che una sostanza somministrata a tenuissime dosi, ancorchè non possa apportar la morte con ciascuna dose presa isolatamente, può però esser letale quando le dosi sieno state ripetute per un certo numero di giorni. Questo genere di veneficio, tanto più pericoloso in quanto che simula gli effetti e il corso di una malattia, può dar luogo a qualche difficoltà: queste difficoltà versano tutte nei mezzi di provarlo quando già è avvenuta la morte. Ma se le ree pratiche dell'avvelenatore sian state scoperte prima che abbian prodotta la

morte, a noi pare che questi atti potrebbero costituire il tentativo del misfatto quando si provasse che l'agente avesse avuto intenzione di uccidere, che avesse già somministrato svariate dosi e che una certa quantità di queste dosi poteva esser mortale.

Le sostanze velenose che possono apportar la morte non sono state nè numerate nè determinate dalla legge. Nel linguaggio legale addimandasi veleno qualunque sostanza che può apportar la morte più o meno prontamente. La tossicologia ha sostituità, a questa definizione troppo vaga, delle spiegazioni che non possono essere di molto ajuto nella pratica. « I moderni, dice l'odere, comprendono sotto il nome di veleno ogni sostanza che presa internamente, o applicata in qualsiasi modo su di un corpo vivo è atta ad alterare le funzioni vitali, o render le parti solide o fluide inette ad alimentar la vita (2). »

Ai sensi di questo autore, i veleni ponno definirsi: delle sostanze riconosciute dai medici come atte ad alterare o estinguere nel maggior numero dei casi le funzioni destinate a mantenere l'esercizio della vita o nel loro insieme o separatamente. Il signor Orfila ha data un'altra definizione: « Debbesi tenere per veleno ogni corpo che deteriora la salute o distrugge interamente la vita quando è preso internamente o applicato in qualsiasi modo su di un corpo vivo e a piccole dosi (3). » Da ultimo, il Sig. Devergié si esprime in questi termini: « sotto il nome di veleno va qualunque sostanza che, presa internamente o applicata all'esterno del corpo dell'uomo ma a piccole dosi, è atta ad alterar la salute o distruggere la vita senza agire meccanicamente (4). » Egli è chiaro che queste diverse definizioni, le quali non mancano di esattezza sotto il rapporto scientifico, sono insufficienti per supplire al silenzio della legge; primieramente, perchè confondono le sostanze nocive alla salute con le sostanze atte ad arrecar la morte; in secondo luogo, perchè non indicano i segni caratteristici di queste ultime sostanze. Sarebbe stato soprattutto di grande interesse fissare dei limiti ben marcati tra i veleni e i medicamenti. « Ciò non può farsi, dice il Sig. Devergié, lo scopo cui si mira è il solo che

(1) Giurisprudenza delle Corti Criminali, articolo 301, n. 4. — Decis. Cass. 26 novembre 1812 e 7 luglio 1814.

(2) Medicina legale, t. 3, p. 9, ediz. del 1836.

(3) Medicina legale, t. 3, p. 9, ediz. del 1826.

(4) Medicina legale teorica e pratica, t. 1, p. 444.

in molti casi distingue queste due specie di *agenti*. Un medicamento è una sostanza che debbe tendere a modificare in bene lo stato dell'infermo; il veleno, per contrario, modifica in male o anche distrugge lo stato di sua salute. Ma, nella più parte dei casi, sono le stesse sostanze che si adoperano per questi differenti effetti, nè diversano che per la dose in che vengono somministrate, e le occorrenze che le fanno adoperare (1). » La quistione: se tale sostanza sia atta a dar morte è dunque una quistione di fatto che giammai debb'esser risolta se prima non l'abbian rischiarata con la loro disamina le persone che hanno coltivata questa branca della scienza.

Ma, fatto questo esame, a qual giudice spetta decidere? Non avremmo presentata tale quistione se non avessimo letto in Carnot queste parole: « non spetta ai Giurati decidere se tale o tal' altra sostanza sia o pur no velenosa. La sola cosa che entra nelle loro attribuzioni si è di decidere se tale o tale altra sostanza sia stata propinata o somministrata; rimane ai giudici del diritto valutare il loro vero carattere (2). »

Questa erronea opinione è stata già combattuta del Bourguignon: « Le sostanze velenose che possono arrecar la morte, ha detto questo autore, non essendo né enumerate né determinate da alcuna legg', il loro carattere non può dar luogo ad una quistione di diritto. Se tale quistione si sommette ai giudici del diritto essi non possono risolverla che valutando gl' indizj risultanti dell' istruzione e non le regole del diritto nè la legge. Che avviene quando è controversa la quantità della sostanza? Il Ministero pubblico la chiamare dei chimici e dei farmacisti, i quali ne fanno l'analisi e danno degli schiarimenti con la cui guida il punto di fatto debbe esser deciso come tutti gli altri, dappoichè, la malignità della sostanza adoperata non può risguardarsi che come un punto di fatto. Se si ommette di chiamare gli uomini dell' arte, o se le loro osservazioni lasciano la quistione tuttora dubbia, il Giuri risponde negativamente (3). » Queste osservazioni sono senza replica, nè occorre aggiungere altro. Citiamo solamente un *arresto* della Corte di Cassazio-

ne che le ha pienamente confermate in una causa la quale presentava l' identica quistione, quantunque la imputazione fosse di avvelenamento di animali. Questo arresto ha annullata una deliberazione la quale avea deciso non doversi interrogare il Giuri sulla quistione intorno la natura delle sostanze: « Attesochè l' accusato avea poggiata la sua difesa nell' assunto che la Salamoja d' alici non fosse una sostanza velenosa pei montoni; che questa difesa presentava una quistione la quale decisa negativamente avrebbe fatto svanire l' imputazione di veneficio; che perciò doveasi tale quistione presentare ai Giuri, il quale vi avrebbe risposto a seconda dei lumi e del convincimento attinti dai rapporti dei periti chimici, o dalla loro notizia in dibattimento (4). »

Ma in valutare tale quistione di fatto i Magistrati ed il Giuri non debbono smenticare che guida delle loro Decisioni debb'esser la relazione degli uomini dell' arte, e che le prove debbon essere attinte in due ordini di fatti che si rapportano alla esistenza materiale del veleno ed ai sintomi morbosi che ne sono il risultamento. » Per affermare che ci sia stato veneficio, ha detto il sig. Orfila, l' uomo dell' arte dee dimostrare l' esistenza dal veleno per mezzo di rigorosi esperimenti chimici, o per incontrastabili caratteri botanici o geologici. Se non può giungere a tanto, ed osservi però dei sintomi e delle alterazioni organiche simili a quelle che son prodotte dalle sostanze velenose egli può pronunziarsi per la probabilità del veneficio (5). » Non pertanto, il sig. Devergier ha fatto osservare che questo principio generale, co' isolato, può menare a qualche inconvenienza; che esso tende a far tenere come prove secondarie i sintomi e le alterazioni patologiche che accompagnano la introduzione delle sostanze velenose, ed a credere insufficientemente provato il veneficio quando si trovasse nello stomaco una sostanza velenosa, mentre che può esser questa intronessa dopo morte. « La dimostrazione della esistenza del veleno, dice Devergier, non prova il veneficio se non quando l' individuo che supponesi avvelenato presenti quei sintomi ed alterazioni morbose che sono necessarie alla prova del veneficio non meno che del veleno

(1) Medicina legale teorica e pratica, t. 1 p. 445

(2) Commentario al Cod. Pen. art. 301 N. 5.

(3) Giurisp. delle corti crimin. intorno l' art. 301 (350).

(4) Decis. Cas. 17 giugno 1810, Dalloz t. 28, p. 267.

(5) Medicina leg. luogo cit.

stesso (1). Queste osservazioni indicano con chiarezza le prove che debbono raccogliersi in tali rincontri, ed i pericoli che derivano dalla loro omissione. È precipuamente nei casi di veneficio che il magistrato debbe accoppiare allo studio della legge quello della medicina legale, dappoiché i medici sono periti e non giudici, e le loro opinioni debbono essere verificate e messe in esame.

In iscorcio, noi abbiain detto che il misfatto di veneficio si compone di due elementi distinti: uno stà nell' attentato alla vita per mezzo del veleno, l' altro nella somministrazione d' una sostanza che può recar la morte. L' attentato suppone la volontà di uccidere e la premeditazione; ma non basta che il veleno sia stato preparato, che sia stato messo negli alimenti della vittima designata, che questa ne abbia fatto uso; non vi ha ancora reato se questa sostanza non sia un vero veleno, se il modo e gli alimenti con che fu somministrata hanno assorbite le sue qualità velenose, se nello stato in cui si propinava non potea produrre la morte. Tali sono i due requisiti essenziali alla esistenza del reato: volontà di dar la morte per mezzo d' una sostanza velenosa, forza sufficiente in questa sostanza per produrre tale effetto.

Ci rimane ora a parlare del caso in cui l' agente somministra volontariamente delle sostanze, le quali senza essere atte a produrre la morte, sono però nocive alla salute e cagionano delle malattie; questo fatto preveduto dal 2 §. dell' articolo 317 cod. pen. sarà disseminato nel 2 §. del seguente capitolo 8°.

§. 6.

Dei tormenti ed atti di barbarie

L' artic. 303 del Codice penale (Sop. II. p.) parifica all' assassinio un misfatto che n' è diverso sia per lo scopo che si propone, sia per lo stesso atto materiale che lo costituisce. Questo articolo è così concepito: « Saranno puniti come colpevoli d' assassinio tutt' i delinquenti, sotto qualunque denominazione possano andar compresi, i quali per la esecuzione dei loro misfatti adoperano tormenti o commettono atti di barbarie.

Per cogliere il significato e la estensione di cotesto articolo uopo è rimontare alla sua sor-

gente; la esposizione dei motivi esprimevasi nei seguenti termini: « il codice agguaglia agli assassini e punisce come tali tutti i delinquenti, qualunque sia la loro denominazione, che per la esecuzione dei loro misfatti adoperano tormenti, o commettono atti di barbarie. Questi tali, che per raggiungere il loro scopo non risparmiano i più orribili mezzi, che ovunque muovono il passo portano la desolazione e lo spavento, non possono esser raffrenati che dal timore dell' ultimo supplizio. » Ed il sig. Monseignat aggiungeva. « Questa disposizione richiamerà in mente, agli abitanti delle nostre testè devastate provincie, quelle bande feroci, conosciute sotto gli orribili nomi d' incendiari ed incatenatori (*chauffeurs et garrotteurs*) nomi spaventevoli ma fortunatamente rilegati negli annali delle nostre guerre civili (2). » In tal guisa vedesi che questo articolo fu inserito per spegnere il brigantaggio che in tempo della prima compilazione del Codice desolava ancora molte parti della Francia. Il progetto di questo codice portava anche nel suo testo: saranno puniti come colpevoli di assassinio gl' incatenatori (*garrotteurs*) gl' incendiari (*chauffeurs*) ed altri malfattori.

Lo scopo del legislatore, la specialità del reato che egli voleva colpire, servono a spiegare i termini troppo vaghi di questa imputazione. Tre condizioni debbono concorrere per costituire tal reato: uopo è che siensi adoperati dei tormenti o commessi atti di barbarie; che questi atti sieno stati commessi da malfattori; da ultimo che sien stati commessi per la esecuzione dei loro misfatti.

La legge non ha mica definiti i tormenti e gli atti di barbarie, epperò, la Corte di Cassazione ha deciso che la valutazione di questi atti è abbandonata alla coscienza dei Giurati i quali non hanno obbligo di specificarli nella loro dichiarazione (3). I caratteri di questi misfatti, gli elementi che li costituiscono sono dunque abbandonati al loro arbitrio, possono dunque i giudicanti essere spinti dai più capricciosi motivi per valutare che un tale fatto sia un atto di tortura, tale altro un atto di barbarie. Nondimeno, se il legislatore non ha punto definito il misfatto che puniva, ne ha però dato un esempio; esso ha dichiarato che

(1) Loerè, legis. civ. a. 1. 303.

(2) Decis. cass. 9 feb. 1816. Dalloz, 1807, 340; Sirey, 1807, 1. 475.

(1) Tom. I, p. 447.

volea prevedere le crudeltà commesse nelle guerre civili dalle bande dei briganti; il giudice debbe dunque tener sempre innanzi gli occhi questo esempio, e senza arbitrarsi a restringere i termini della legge non debbe applicarla che ad atti analoghi i quali possono rientrare nella stessa classe. Uopo è osservare anche che questi atti di tormenti e di barbarie non possono risultare che da fatti materiali, dappoichè, nell'articolo 303 stà espressamente menzionata la parola *atti* e a questi mira chiaramente il senso dell' articolo.

È mestieri inoltre, e questo è il secondo requisito della imputazione, che questi atti sien commessi da *malfattori*. Ma cosa debbesi intendere con queste parole. Noi non crediamo mica che in dare questa qualificazione ai colpevoli la legge abbia supposta la perpetrazione di altri misfatti, e non abbia voluto mirare che a quelli i quali fossero stati colpiti da precedenti condanne. La qualità di *malfattori* in questa ipotesi, come in quella dell'art. 265, debbe attingersi nelle sole circostanze dell'associazione, nelle sue condizioni e nel suo scopo; si diventa malfattore pel solo fatto d' essersi riunito ad oggetto di commettere dei malefizi, d' esser stato a parte di una banda che ha commesso atti di barbarie ed adoperati dei tormenti.

Da ultimo, la legge richiede che questi atti sien stati commessi da malfattori *per la esecuzione dei loro misfatti*. Queste parole disvelano tutta la preoccupazione del legislatore; è chiaro che in dellar questo articolo egli aveva innanzi gli occhi una banda di malfattori che traean partito dalle turbolenze del paese per abbandonarsi al saccheggio e alla devastazione, che torturavano gli infelici caduti nelle loro mani per strappar loro danari ed armi, per punirli di averli denunziati, per avere notizie necessarie alla loro sicurezza. In vista di questi misfatti, che costituivano lo scopo di tali riunioni, fu comminata la pena di morte contro atti che non sono se non mezzi di esecuzione. Da ciò ne conseguì non esser punto necessario che i malfattori abbian avuto in animo di uccidere le persone che assoggettavano ai tormenti: l' art. 303 non suppone nè la consumazione di un omicidio nè il tentativo di tale misfatto; è però mestieri che gli atti di barbarie ed i tormenti sien stati commessi per eseguire altri misfatti e come mezzi di esecuzione di essi; questo requisito li scovera dalla classe delle ferite e mutilazioni

cui sarebbero appartenuti, e per una veduta di sicurezza pubblica li pareggia allo stesso assassinio per assoggettarli alla più grave delle pene.

Tali sono i caratteri dell' articolo 303. Forse sarebbe stato della dignità del legislatore shandeggiare, nel 1832, una imputazione pericolosa perchè non definita, inutile perchè rimasta quasi senza applicazione, e restituire alle pene generali, comminate dal Codice secondo la gravità delle ferite e dei maltrattamenti, la repressione di questi atti che fanno l' obbietto di queste disposizioni eccezionali.

§. 7.

Dell' omicidio accompagnato da altri reati.

Nelle prime sezioni di questo capitolo abbiain veduto che l'omicidio, così detto volontario, esclude ogni premeditazione; che quando è accompagnato da questa circostanza aggravante costituisce il misfatto di assassinio, e che perciò, a fin di stabilire una giusta proporzione nella penalità di tali reati, fu d' uopo comminare contro l' omicidio volontario una pena minore di quella dell' assassinio. Questo è il principio consacrato dall' articolo 304 (355) il quale nel suo secondo paragrafo porta in generale che il colpevole di omicidio volontario è punito coi lavori forzati perpetui (quarto grado dei ferri per le leg. delle Due Sicilie). Questo principio però patisce molte eccezioni. Noi abbiain di già fatto osservare che nei casi di parricidio e d' infanticidio, l' omicidio volontario semplice, aggravato dalle qualità del colpevole e dalla debolezza della vittima va punito di morte. L' articolo 304 (355 e 352 N. 6) aggiunge a questi primi casi due novelle derogazioni che noi andremo disaminando.

La legge del 28 aprile 1832 ha modificato l' articolo 304. L' articolo 14 del titolo 2 del Codice del 1791 dava la qualifica di assassinio ed iulliggeva la pena di morte all' omicidio che fosse stato preceduto, accompagnato o seguito da altri misfatti, come ad esempio, da furto, da offesa alla legge, da sedizione o qualunque altro. Il Codice Penale adottò questa disposizione rendendola alquanto più precisa: la pena di morte fu applicata quando l' omicidio volontario fosse stato preceduto, accompagnato o seguito da altro misfatto o

delitto. Questo articolo, dicea il guardasigilli nella esposizione dei motivi della legge del 1832, a causa della troppa generalità delle sue disposizioni andò soggetto a molte censure, noi perciò proponiamo di modificarlo. « L'articolo del progetto del governo era così concepito: « L'omicidio volontario sarà punito con la morte quando avrà avuto ad oggetto sia di preparare, facilitare, o eseguire un altro misfatto o delitto che lo avrà preceduto, accompagnato o seguito, sia di agevolare la fuga o assicurarsi in qualunque altro modo la impunità degli autori o complici del detto misfatto o delitto ». La Camera dei Deputati si limitò a sopprimere in questo articolo la parola *preparare*. Così, al sistema del Codice, il quale altro non richiedeva che la concomitanza o la simultaneità dei due fatti, il progetto sostituiva il sistema di *correlazione*, esso voleva che il nesso fra i due reati dipendesse non solo dal rapporto dei tempi ma anche delle cansali (1).

Questa proposta incontrò delle obiezioni nella Camera dei Pari: « Questa idea, diceva il relatore, è sommamente giusta, morale e filosofica. S'intende bene che un misfatto o un delitto non può aggravare l'omicidio volontario se non quando abbia per obbietto di prepararlo, facilitarlo o farne sparire le prove; ma la vostra commissione ha temuto che questi rapporti, quasiché impossibili ad essere provati, non si presentassero con tutta la chiarezza necessaria allo spirito dei Giurati, epperò ha sostituito all'articolo del progetto una disposizione più semplice la quale non potrà ingenerare alcun equivoco. L'omicidio volontario accompagnato o seguito da un misfatto sarà punito di morte. Con ciò si è messa da banda la ipotesi della simultaneità d'un delitto e non rimane più che la concomitanza di un misfatto e d'un omicidio volontario. Il principio consacrato dalla vostra commissione, nell'articolo propostovi, è diverso da quello del governo, ma non è men giusto e rende la legge di facile applicazione. » Ecco come la Commissione proponeva che si compilasse l'articolo: « L'omicidio volontario andrà soggetto alla pena di morte quando abbia preceduto, accompagnato o seguito altro misfatto. » Vi erano dunque due sistemi diversi: quello del governo che faceva derivare la pena di morte dalla correlazione dell'omicidio con un fatto

criminoso, fosse misfatto o delitto; il sistema della Commissione della Camera dei Pari che faceva risultare la pena di morte dalla simultaneità dell'omicidio volontario con un misfatto.

Or, nella discussione, questi due sistemi raffrontati fra loro, furono quasi per una transazione adottati entrambi con l'articolo 304. Tornando però il progetto alla Camera dei Deputati incontrò qualche obiezione, ecco i termini del rapporto: « Alla semplice concomitanza che il Codice penale esige tra l'omicidio volontario ed il misfatto o delitto, per pronunziare la pena di morte, voi avete sostituita una vera correlazione, voi avete voluto che i due reati fossero uniti non solo da un rapporto di tempo ma anche di causale. La Camera dei Pari non adottò questo sistema che in parte: quanto al delitto essa ha mantenuta la vostra compilazione e richiede che quello abbia correlazione con l'omicidio, quanto al misfatto si è attenuata al testo del Codice e si è limitata ad esiger la concomitanza. È questa una notevole mitigazione apportata alla severità del Codice, pure ciò che avanza del suo antico rigore è paruto meritevole di gravi obiezioni. Si è da prima dimandato se, punire di morte due fatti che non hanno fra loro alcun rapporto necessario, e che presi separatamente non vanno soggetti a questa pena, non importi creare, contro tutte le regole del diritto penale, un misfatto *fittizio* (*constructif*). Si è risposto che l'aggravazione della pena di un misfatto, statuita a causa di altro misfatto che non abbia alcun nesso col primo, non ripugna mica ai principi generali del Codice, e che le più severe pene della recidiva non abbiano altro fondamento. E che! l'omicida il quale corona l'omicidio col brigantaggio e con lo stropo non è forse più colpevole di colui il cui furore si sia acceso da un desiderio di vendetta ed arquietato tosto che l'abbia ottenuto? Parve che queste ragioni giustificassero la sostanza della disposizione; ma si è obiettato che la sua compilazione si vaga, si poco intelligibile, che non dava alla concorrenza del misfatto e dell'omicidio alcun limite né di tempo né di luogo poteva prestarsi alle più pericolose interpretazioni. Si è risposto che il senso di questa disposizione era stato già fissato dalla giurisprudenza, e che essa non possa applicarsi che a dei fatti commessi quasi simultaneamente, e, come dicono i giureconsulti, *in eodem tractu temporis*. Il signor Guardasigilli

(1) Cod. Pen. progressivo, p. 273.

presentossi nella Commissione e dichiarò nel modo più esplicito che tale era il significato dell'articolo del Codice penale richiamato in vigore dall'ammeudamento della Camera dei Pari.

Epperò, l'articolo 304 fu così concepito: « L'omicidio volontario sarà soggetto alla pena di morte quando avrà preceduto, accompagnato o seguito un altro misfatto; sarà del pari soggetto alla stessa pena quando avrà per oggetto sia di preparare, facilitare o eseguire un *delitto*, sia di procurarsi la fuga o assicurarsi la impunità. » (a)

Difficile cosa ci è indurci ad approvare la seconda disposizione di questo articolo, ove ci volgiamo a considerarlo sotto le vedute teoriche.

Debbesi notare che secondo questa disposi-

(a) Questa ipotesi, nelle leggi penali delle Due Sicilie, è preveduta dall'articolo 35a n. 6 così concepito: « l'omicidio che abbia per oggetto l'impunità o la soppressione della prova di un reato, o la facilitazione di un altro reato, benché l'oggetto non se ne sia ottenuto ».

Da queste parole rilevasi chiaramente che, per aver luogo l'applicazione di questo articolo, non si richiede simultaneità di tempo tra l'omicidio e l'altro reato; l'aggravazione sta solamente nel nesso della causale; basta che nell'animo del colpevole l'omicidio si riferisca all'altro reato, basta che si provi esser l'omicidio avvenuto per uno dei motivi espressi dall'articolo, senza esser necessario che sien stati commessi in continuità di tempo, *eodem tractu temporis*.

Questo è il principio generale, il suo impero però cessa ove trovasi nelle stesse leggi limitato da una disposizione particolare, quali sono gli articoli 34a, 418 e 429. Nei fatti preveduti da questi articoli gli elementi costitutivi dell'aggravazione della pena debbono attingere dalle condizioni fissate negli stessi circa i rapporti di simultaneità, continuità e causalità de' due atti.

E però da notarsi che se fra l'omicidio ed uno dei fatti preveduti dai cennati articoli 34a, 418 e 429 non vi sia quel nesso di continuità di tempo richiesto dagli stessi sicché non possa andar soggetto all'aggravazione in quella stabilita, vi sia però il nesso di causale definito nell'articolo in esame, il fatto entra nell'applicazione di questo ultimo; dappoi che la sua disposizione generale cede soltanto ad una disposizione speciale che la modifichi.

Da ultimo non fa vano osservare che l'aggravazione ha luogo sempre che l'omicidio abbia il nesso, definito dall'articolo, con altro *reato*, il che vale con qualunque altro fatto delittuoso sia questo *misfatto*, *delitto* o *contravvenzione*, poichè nella parola generica *reato* l'art. 1 e n. 1. p. comprendono queste tre specie. (Edit. Nap.)

zione l'omicidio volontario, il quale abbia per oggetto di preparare, facilitare o eseguire un delitto, sarà quasi necessariamente premeditato e che perciò questo misfatto sarebbe punito di morte quando anche non ci fosse questa disposizione addizionale. Se non si ammette la premeditazione, riesce più difficile concepire come l'omicidio volontario possa esser punito con la pena dell'assassinio sol perchè va congiunto con un semplice delitto. La legge, è vero, suppone un rapporto di reità tra l'omicidio e il delitto, essi sono scopo e conseguenza l'uno dell'altro, si confondono in una stessa azione. Pure da ciò non conseguita che il delitto debba esser riguardato come circostanza aggravante dell'omicidio. L'omicidio non può essere aggravato che dalle circostanze le quali derivano dalla sua natura e lo modificano. Or, il delitto quantunque connesso all'omicidio, dallo scopo comune cui tendono entrambi, è un atto che ha la sua reità propria e che nulla può cangiare alla natura dell'omicidio giacchè non è uno de' suoi elementi. L'omicidio rimane dunque col suo carattere distinto; il delitto che vi si aggiunge aggrava forse la reità dell'agente ma non l'alto principale che rimane lo stesso. In rigor di termini, l'agente diventa responsabile non solo dell'omicidio volontario ma della somma di reità onde va improntato il delitto. Questa responsabilità la quale, messo da banda l'omicidio, non importerebbe che una pena correzionale, debbe mai attirare la pena di morte su quel fatto che scervato dal delitto non l'avrebbe mica meritato? Forse sarebbe sufficiente questa responsabilità secondaria per empir l'immenso spazio che separa la pena di morte dalla pena perpetua? Rechiamo un esempio: supponiamo che sorpreso in flagrante delitto di caccia o di furto, il delinquente abbia a prima furia ucciso il guardiano o il proprietario che l'ha sorpreso, per sottrarsi alle persecuzioni della giustizia che lo minaccia. La legge pronunzia contro di lui la pena di morte; e per qual motivo? solo perchè il delinquente volea procurarsi la impunità di un delitto. Supponiamo ora che sorpreso dal guardiano o dal proprietario, abbia ravvisato in lui un nemico personale e l'abbia ucciso non per assicurarsi la fuga ma per odio e vendetta, la legge non pronunzia più che la pena de' lavori forzati perchè cessa la correlazione tra il misfatto e il delitto. Or, la differenza della reità in queste due ipotesi giustifica for-

se la differenza della pena? Non è forse evidente che se il concorso del delitto nel primo caso determina lo scopo e la intenzione dell'omicida non modifica punto la natura dell'omicidio. Ed in tutti i casi generalmente, come mai dei delitti sì diversi fra loro moralmente potrebbero avere lo stesso effetto?

Torniamo ora alla spiegazione della legge. Il primo motivo di aggravazione dell'omicidio volontario, è la *simultaneità* d'un altro misfatto. Il misfatto è concomitante all'omicidio volontario quando l'abbia preceduto, accompagnato o seguito, cioè quando i due misfatti sien stati commessi nello stesso tratto di tempo, *in eodem tractu temporis*. Se fossero stati commessi a qualche intervallo fra loro, i due atti isolati, indipendenti l'uno dall'altro non avrebbero più questo carattere di simultaneità che agli occhi del legislatore aggrava la loro reità. Questo principio è stato formalmente riconosciuto dalla discussione testè analizzata.

Perciò la Corte di Cassazione ha messo nel nulla la Decisione di una Corte di Assisa la quale avea pronunziata la pena di morte su la dichiarazione del Giuri che portava: 1° essersi l'accusato renduto colpevole il tal giorno di tentativo di omicidio volontario su gli abitanti di una casa rurale. 2° Essersi *nello stesso giorno* renduto colpevole di tentativo di furto nella stessa casa. I motivi dell'annullamento furono: « che se risultava dalla dichiarazione » del Giuri essersi dal condannato commesso » un tentativo di furto nel giorno e nel luogo in cui si era renduto colpevole d'un tentativo di omicidio volontario, non ne seguiva » necessariamente che questi due misfatti » fossero stati commessi congiuntamente (1). »

Intanto, perchè si applichi la pena di morte non è mica necessario che vi sia correlazione tra l'omicidio volontario e l'altro misfatto. » La vostra Commissione, diceva il relatore » della Camera dei Pari, ha temuto che questi rapporti, quasi impossibili ad esser conosciuti, non si presentassero con tutta la precisione desiderevole agli occhi del Giuri; » essa ha sostituita all'articolo del progetto » una disposizione più semplice, la quale non » possa dar luogo a verun equivoco. L'omicidio volontario preceduto, accompagnato o » seguito da un misfatto sarà punito di mor-

» te. » Basta che vi sia concorso di due misfatti ancorchè non vi sia fra loro rapporto alcuno; è però mestieri che questo concorso sia simultaneo. Questa quistione intorno alla simultaneità dei fatti, ch'è tutta del dominio del Giuri, presenta delle difficoltà che non possono essere appianate se non colla valutazione delle circostanze. Ma in generale, i due misfatti non debbono esser riguardati come simultanei se non quando sono la esecuzione d'uno stesso progetto, la conseguenza d'una stessa azione, e quando sono commessi nello stesso tempo e nello stesso luogo.

Nondimeno i due misfatti non debbono confondersi fra loro, essi debbono essere indipendenti e distinti. Epperò, la Corte di Cassazione ha giudicato a buon diritto che non possa applicarsi la pena di morte ad un individuo accusato di aver commesso un omicidio volontario *per violenza, abuso di autorità o di potere*: « Dappoichè, son parole della » Decisione, la violenza e l'abuso di potere » si rannodano naturalmente all'omicidio e » non costituiscono con lui che un solo e » medesimo misfatto (2). » Ma, con altra Decisione, la stessa Corte ha giudicato che un individuo il quale, nella stessa rissa, commette un omicidio volontario accompagnato dal tentativo di un altro omicidio, va soggetto alla pena capitale ai termini del 1.° §. dell'articolo 304 (3). Se questa Decisione fosse una stretta conseguenza dei termini dell'articolo essa accuserebbe il suo rigore, mentre la colpevolezza di colui che in una rissa ferisce due dei suoi avversarii non è più grave di quando ne avesse ferito uno solo; questi due atti non sono distinti ma costituiscono lo stesso fatto. L'are però che la legge richiedendo, come elemento di cotesta aggravazione, la concomitanza di un altro misfatto ha inteso parlare di misfatto di altro genere; due misfatti di diversa natura, commessi nello stesso tempo, rivelano nell'autore una perversità più intensa, mentre che uno stesso misfatto commesso più d'una volta non rivela che una stessa passione, una stessa specie d'immoralità.

Dal rimanente, ad autorizzare l'applicazione della pena di morte non basta che il Giuri dichiari esser stato l'omicidio volontario ac-

(1) Decis. Cass. 9 luglio 1818. Dalloz, 4. 28 p. 250.

(2) Decis. Cass. 23 genn. 1813 (riportata dal Carnot nell'art. 304.)

(3) Decis. Cass. 1. aprile 1813 (rappresentata dal B. arguignen nell'art. 304.)

compagnato da un altro *misfatto*, non è che in questa dichiarazione di reità si verifichi e definisca il carattere di questo secondo misfatto e che misfatto sia qualificato dalla legge. Di fatti, il Giuri non può con la sua sola dichiarazione imprimere il carattere di misfatto ad un'azione che, secondo le circostanze offerte dalla procedura, costituirebbe un semplice delitto, o per circostanze personali all'accusato non andrebbe soggetto a pena. Questa massima viene affiancata da un esempio della giurisprudenza. La Corte d'Assise dell'Aube avea pronunziata la pena di morte su di una dichiarazione del Giuri onde risultava che l'accusato erasi renduto colpevole 1. di un omicidio volontario, 2. di occultazione del cadavere del ucciso. Questa decisione fu annullata a motivo: « che dal ravvicinamento delle due disposizioni dell'articolo 359 del Codice penale (394 II. p.) apparisce ad evidenza che il reato correzionale determinato nella prima disposizione, non può esser costituito che dal fatto di colui il quale non ha preso parte all'omicidio; che per l'omicidio, essendo questo fatto una conseguenza dell'omicidio non può giammai vestire i caratteri di un delitto che sia distinto dal misfatto; che colui il quale ricetta o nasconde il cadavere d'una persona uccisa commette una specie di complicità nell'omicidio; che non si può ad un tempo risguardare e punire uno stesso individuo e come autore principale e come complice d'uno stesso fatto; che perciò l'autore di un omicidio non può rientrare nell'applicazione dell'artic. 304 (352 n. 6) ed esser punito di morte a motivo che, per sottrarre il suo misfatto alle ricerche della giustizia, abbia nascosto il cadavere della sua vittima (1). »

Il secondo § dell'articolo 304 è, come abbiamo notato, una disposizione nuova; essa colma in certo modo la lacuna rimasta dall'essersi soppressa nel primo paragrafo la parola *delitto*, di tal che la disposizione dell'articolo 304 non fu che poco alterata dalle due modificazioni cui andò soggetta. Nondimeno, quando il fatto accessorio all'omicidio è un semplice delitto, non è più sufficiente che questo fatto sia commesso contemporaneamente all'omicidio per diventare una sua circostanza aggravante; nè anche è ora ba-

stevole che questi due fatti sieno connessi e derivati dalla stessa causa; il concorso del delitto non diventa elemento di aggravazione se non quando vi sieno rapporti di causa ed effetto tra il delitto e l'omicidio volontario, cioè, secondo i termini della legge, quando l'omicidio volontario abbia avuto per oggetto sia di preparare, facilitare o eseguire un delitto, sia di agevolare la fuga o assicurare l'impunità agli autori di questo delitto. Epperò, non potrebbesi ora giudicare, come innanzi la riforma della legge penale, che l'articolo 304 (352 n. 6) sia applicabile all'omicidio commesso con uno stiletto (2), dappoichè, l'asportazione d'armi vietate è mezzo e non già scopo, in tal caso l'omicidio non è commesso per facilitare o eseguire questo delitto. Nè ora potrebbesi giudicare che andasse soggetto all'applicazione di questo articolo chi, trovandosi in flagrante delitto di caccia, avesse ucciso il guardia forestale, purchè però l'omicidio non fosse commesso per assicurarsi la fuga o l'impunità. Per contrario, dovrebbe giudicare che l'omicidio volontario, commesso per giungere alle esecuzione di un furto o per assicurarsi l'impunità di questo furto, distruggendone le prove, rientrerebbe nei termini di questo articolo mentre fra i due atti vi sarebbe un nesso di causa e di effetto.

La Corte di cassazione ha recentemente giudicato che il furto il quale ha seguitato l'omicidio può esser considerato come una sua circostanza aggravante quando anche fosse commesso dal genero in pregiudizio del suocero (3). Siccome lo svolgimento di tale questione dipende dalla valutazione dei caratteri delle sottrazioni commesse tra i congiunti, crediamo differirne la disamina al capitolo che versa su i caratteri generali del furto.

Siccome la circostanza aggravante dell'omicidio s'è tutta nel nesso che lega questo misfatto al delitto così è di assoluta necessità che il Giuri interloquisca su di ciò. Questa massima, già riconosciuta dalla giurisprudenza, innanzi che avvenissero le modificazioni della legge penale, non può di presente esser messa in controversia. La Corte di Cassazione proclamava in un arresto del 18 aprile 1816 renduto nelle specie seguente: la questione

(2) Decis. Cass. 8 agosto 1817. Dalloz. t. 28 p. 249.

(3) Decis. Cass. 21 Dicem. 1817 Sirey. 1838, 1, 247.

(1) Decis. Cass. Sett. 1815, Dalloz. t. 6, p. 287 Sirey, 1816, v. 8.

presentata al Giuri era questa: l'accusato è forse colpevole di avere, nell'atto di un tentativo di furto, ucciso volontariamente la tale persona? il Giuri, dopo aver dichiarato costare del tentativo del furto, si limitò a rispondere: sì l'accusato è colpevole di omicidio volontario. La Corte di Assisa applicò la pena di morte, ma la Decisione fu annullata a motivo « che la Corte di Assise non può ritenere per provati altri fatti che quelli risultanti dalla dichiarazione dal Giuri; che il Giuri, rispondendo alla quistione concernente l'omicidio volontario, avea serbato assoluto silenzio su quella che mirava a conoscere se questo misfatto fosse stato commesso nello stesso tempo che il tentativo del furto; che a qualsiasi cagione volesse attribuirsi questo silenzio del Giuri ne risultava sempre che rimaneva ignorato il rapporto tra l'omicidio volontario e il tentativo del furto; che s'ignorava se fossero stati commessi contemporaneamente o ad intervalli fra loro, se fossero due fatti isolati, estranei l'un l'altro, o se per l'opposto vi fosse fra essi quel nesso che accresce la loro gravità a segno da sottomettere il loro autore alla più grave delle pene.

Eccoci al fine di un capitolo nel quale abbiamo dovuto sviluppare con qualche minutezza

il più grave dei misfatti, l'omicidio. Abbiamo da prima spiegati gli elementi dell'omicidio volontario, di poi abbiamo messe a disamina le cause che possono aggravarlo; queste cause si attingono sia dalle qualità sia dalla debolezza della vittima, sia dalla circostanza della premeditazione, sia in fine dalle circostanze più atroci del misfatto, e dalla concomitanza d'altri misfatti o delitti. Abbiamo successivamente percorse queste principali fasi delle reità, indagando con tutto studio lo spirito della legge, sovente sconosciuto dalla giurisprudenza e le cause morali che spiegano questa legge perchè principj dominatori dalle decisioni. Questa materia, la più importante del nostro Codice, non è ancora discorsa intieramente. Dopo l'omicidio volontario vengono i fatti che lo modificano, sia perchè la intenzione di uccidere non risulta con la debita evidenza da fatti meno gravi, sia perchè la provocazione o la legittima difesa cangiano il carattere dell'omicidio, sia da ultimo perchè la mancanza di ogni intenzione criminosa non lascia sussistere che una imprudenza. Percorrendo tutte queste materie che trovano lor sede nei capitoli seguenti, noi nulla muteremo all'ordine del Codice quantunque si potesse più d'una volta censurare a buon diritto il nesso delle sue disposizioni come contrario ad un rigoroso metodo.

(1) Decis., Cas. 18 2826. Dalloz, t. 27, p. 141.



APPENDICE

AL CAPITOLO SESTO

SUL DUELLO

Le leggi Penali delle Due Sicilie presentavano, al pari del Codice Francese, una lacuna intorno la repressione del duello. Questa lacuna fu appianata dal nostro savio Legislatore con la legge dei 21 luglio 1838 così concepita:

FERDINANDO II.

PER LA GRAZIA DI DIO EC.

« I duelli non apportando il danno solo che viene dalle ferite e dagli omicidi che ne conseguivano, i quali reati cadevano per la loro natura sotto la pena delle leggi comuni, ma ciò che è più grave, arrecando pure quello maggior danno che nasce dall' errore cui fondansi i duelli di tener la forza in luogo del diritto, di elevare in faccia alle leggi ed alla pubblica autorità il principio della vendetta privata, stabilendo ciascuno di per sé la ragione di vendicarsi e la misura della vendetta fin all' arbitrio sulla propria e sull' altrui vita; donde è poi tolto ad un tempo ogni mezzo di garanzia e di sicurezza pubblica, ed onde è aperta occasione ad ogni modo d' insidia. »

« Veduto il parere della Consulta Generale del Regno. »

« Sulla proposizione del nostro Ministro Segretario di Grazia e Giustizia. »

« Udito il nostro Consiglio ordinario di Stato. »

« Abbiamo risoluto di sanzionare e sanzioniamo la seguente legge. »

Art. 1. « La disfida al duello di persona a

persona o col mezzo di persona interposta, o per via di spedizione di cartello o in altro modo qualsivoglia, sia stata o no accettata, sarà punita col terzo grado di prigionia, congiuntamente alla interdizione dei pubblici uffici ed alla perdita delle pensioni rimuneratorie pel tempo della prigionia e di altri due a cinque anni seguenti — Sarà punito con la stessa pena colui che avrà accettato il Duello. »

Art. 2. « Le ingiurie, le minacce, le percosse, le ferite contro colui che abbia rifiutato la disfida, commesse dal disfidante direttamente o per intermezze persone, sia nell' atto o per occasione del rifiuto, saranno punite con la pena maggiore tra le pene di tali reati e della disfida, accresciuta di un grado. »

« La condanna alla relegazione porterà pure la interdizione patrimoniale durante la relegazione, e la perdita delle pensioni pel tempo indicato nell' articolo 18 delle leggi penali. »

« La condanna alla reclusione, del pari che la condanna ai ferri di qualunque grado, porterà altresì la perdita delle pensioni rimuneratorie. »

« Le percosse e le ferite che producano fra quaranta giorni la morte saranno punite con la morte. »

Art. 3. « Quando coloro tra quali sarà corsa una disfida abbiano scelto l' armi ed il campo, o sieno a fronte tra essi, comunque non avvenga il combattimento di corpo a corpo, saranno soggetti alla pena della relegazione, alla interdizione patrimoniale durante la relegazione, ed alla perdita delle pensioni ri-

muneratorie per altrettanto tempo, dopo espiazione la pena, per quanto dura la relegazione. »

« Non dimeno, se la cessazione del duello non avvenga spontaneamente ma per circostanze fortuite ed indipendenti dalla volontà de' colpevoli, la pena di corpo contro costoro sarà la relegazione congiuntamente alla perdita delle pensioni rimuneratorie. »

Art. 4. « Il duello seguito, nel quale non sieno avvenuti omicidj e ferite, si punirà con la perdita delle pensioni rimuneratorie e col primo grado di ferri nel presidio contro ciascuno dei due combattenti. »

Art. 5. « Chiunque rimanga ferito e che di sua parte non rechi una ferita all'avversario, sarà soggetto alle pene indicate nell'articolo precedente. »

« Contro l'autore delle ferite che non portino storpio o mutilazione sarà applicata la pena della perdita delle pensioni rimuneratorie, e del primo al secondo grado. — Nel caso di storpio o mutilazione la pena dei ferri sarà applicata nel secondo grado. »

« Se le ferite abbian prodotta la morte oltre i quaranta giorni dall'avvenimento, non per la sola natura delle ferite ma per cause sopraggiunte, si applicherà il terzo grado de' ferri. »

Art. 6. « L'omicidio in duello, o le ferite che portano per loro natura la morte, saranno punite come omicidio premeditato. La pena medesima dell'omicidio premeditato sarà applicata anche nel caso che l'autor dell'omicidio e delle ferite sia uno di coloro iquali, senza aver avuto parte nella contesa fra i due primi, escano a duello o perchè vi sien chiamati o perchè vi si offrono volontariamente. »

Art. 7. « I cadaveri di coloro che sieno morti in duello, o per le sole ferite ricevute in duello, saranno trasportati senza pompa funebre e segni di onore in un luogo profano che sarà designato di volta in volta degli agenti della polizia ordinaria. »

« Si osserverà la regola stessa pei cadaveri di coloro che subiranno la pena di morte per condanna sopra misfatto di duello. »

« È vietato di far rimanere in tal luogo alcuna memoria dell'avvenimento e della persona. »

Art. 8. « Chiunque scientemente siasi fatto messo o portatore di disida a voce o in iscritto, sarà punito con le pene stesse stabilite col l'articolo primo della presente legge. »

Art. 9. « Quelli che avranno suggerito o spinto al duello, ed i padrini, i secondi, gli assistenti al duello saranno soggetti alla stessa pena degli autori principali, secondo le regole degli articoli 3, 4 e 6 della presente legge. »

« Nei casi previsti dall'articolo 5 la pena dei padrini, dei secondi e degli assistenti sarà eguale alla pena dell'autore delle ferite contemplate nell'articolo stesso. »

Art. 10. « Tra i militari la disida al duello assumerà inoltre il carattere d'insubordinazione, ne' casi dell'articolo 396 e seguenti dello statuto penale militare. Delle pene applicabili in vigore della presente legge e dello statuto penale militare si pronunzierà la pena maggiore accresciuta di un grado. Nondimeno, se l'aumento di questo grado porti alla morte, la pena di morte non sarà applicata. »

Art. 11. « Le condanne alla relegazione ed alla reclusione, come la condanna ai ferri, quando abbiano fatto passaggio in cosa giudicata, faranno decadere di dritto i condannati dagli ordini cavallereschi e dagli onori di corte; tal che il nome del condannato sarà cancellato di ufficio dai ruoli in cui trovavasi iscritto. »

Art. 12. « L'azione pel duello sarà esercitata di ufficio dal Pubblico Ministero; vi saranno competenti soltanto le G. Corti Criminali. »

Speriamo che ci sapranno buon grado i nostri lettori se, per tutto commento di questa legge, diamo alcuni squarci di un'aringa pronunziata dall'insigne avvocato Giuseppe Marini-Serra in una causa di duello. Siamo a ciò spinti da due motivi.

1. Perchè viva in queste pagine la gloria del nostro foro, e si veggia dall'universale che forse non sdegnerebbero di fregiare la fronte dei nostri i lauri prodigati al Servan ed al Berryer dalla sbarra e dalla tribuna. Vergine di servo encomio è questa nostra parola, e se chi legge sentisse a voce quanto sia vibrato il dire di quest'oratore, come egli nella sua concitata facondia sorvolando su i campi della filosofia, della storia e della legislazione, svolgendo il suo soggetto da mille lati, sguizzando come Proteo sotto mille aspetti ti mostra sempre la parola inviscerata al suo disegno, sempre riflessa nel prisma della sua tesi, direbbe che il nostro concetto per nulla trascende il vero. Direbbe che ben può superbire quell'oropale ove la legge ha, col *dagherrotipo*, effigiata se stessa ne' immortali scritti del Cav. Nicolini ed

infusa nell'effigie una voce che risponde ovunque l'interroghi, quel foro ove tuona la parola di quest'oratore e di altri valorosi che gli fan corona.

2. Perchè la maggior difficoltà nell'applicazione di questa legge sta nel definire quali sieno i caratteri necessari acciò delle vie di fatto assumano la speciale denominazione di *duello*. Or, questi caratteri sono delineati maestrevolmente in quest'arringa. L'oratore prende il duello da che invalse nei giudizi come prova di verità, lo segue in tutti i suoi svolgimenti negli usi cavallereschi, lo guarda nei tempi in cui da pratica di generoso patrocinio del debole diventò mezzo di vendetta privata; interroga gli autori che ne han trattato, le leggi che con diversa vicissitudine lo hanno punito, la stessa legislazione vigente e trova sempre che l'idea di duello andava compresa nel concorso simultaneo di questi due elementi, cioè disfida ed assistenza di patrini. Epperò conchiude che se il giudice non prova d'esser stata la via di fatto preceduta da una disfida, presenziata dai patrini nella qualità di arbitri e vigilatori della pugna, non può dare al fatto la qualifica aggravante di duello.

Il fatto che diede luogo all'arringa era avvenuto poco dopo la promulgazione della trascritta legge, quindi fu la prima causa di tal genere discussa nel nostro foro. La novità dell'avvenimento, la condizione sociale degli imputati avevano eccitata grande aspettazione nel pubblico innanzi a cui l'oratore si presentò col seguente esordio.

« Il giorno in cui le leggi trionfano di un secolo pregiudizio è giorno memorabile negli annali della giustizia. E se le leggi non trionfano solamente per la forza di cui sono rivestite ma per la influenza morale che loro presta la coscienza pubblica; se la civiltà ha prima smascherato il vizio e poscia la legge lo ha punito; se il colpevole condanna se stesso prima che il magistrato adempia a questo necessario ma tormentoso dovere; questo giorno che rivela ad un tempo l'augusta maestà delle leggi e la maturità del popolo segna un'epoca storica di progresso e d'incivilimento. »

« Sì, o Signori, sono scorsi dei secoli senza che le leggi avessero potuto non diremo estirpare ma diminuire nella società l'abuso dei duelli. La forza dei governi più costituiti è stata umiliata dalla prepotenza di questo indomito

pregiudizio. In Francia, il genio di Richelieu ed il potere di Luigi XIV, tra noi le bolle dei Pontefici, le prammatiche dei vicerè, i sublimi provvedimenti di Carlo III, la legge dei 20 maggio 1808 ed il Riscritto del 5 giugno 1816 non sono bastati a vincere questo prepotente nemico dell'ordine ».

« I tempi non erano ancora maturi: gli errori della cavalleria da prima ingombravano le menti: le perturbazioni civili rendettero di poi torbidi e violenti gli animi; ed infine le guerre continue, alimentando gli stimoli della gloria e della bravura, coronarono il coraggio come la regina delle virtù ».

« I primi tempi già furono ed il periodo della grandezza militare è anche esso compiuto. I fasti della moderna milizia hanno oscurata la gloria delle greche falangi e delle legioni romane. La fama di Alessandro, di Cesare e di Scipione, è stata adombrata nell'aurora di questo secolo da una celebrità militare e civile che darà il suo nome al tempo in cui viviamo. Ma i lauri della gloria sono sanguinosi ed il valor militare splende come le fiamme voraci di un incendio; le scienze, le arti, il commercio sono i nuovi bisogni di questa età; la pace ci ha ispirati più miti pensieri; la religione e la morale han trovati gli animi più rassegnati ad ubbidire alla lor voce divina, ed ora era opportuno il tempo, in cui, disingannate le menti e temperati gli affetti, poteva essere ad un tratto punito e deriso il pregiudizio del duello ».

« Se la legge ha dopo una lunga lotta trionfato non deve la giustizia rinunziare alle sue imparziali e benigne abitudini, non deve, ricordando le antiche offese, punire il duello con oltragggio e vendetta, non deve infine ciecamente presumere questo misfatto speciale ma con evidenza provarlo e con umanità punirlo ».

L'oratore facendosi a svolgere l'origine del duello, dopo aver discorsi i tempi della Greca e Romana grandezza, e la invasione dei barbari che piantò l'impero della forza e dell'anarchia, proseguì:

« Le crociate che finirono per contribuire alla civiltà dei costumi alimentarono sulle prime in quei popoli lo spirito d'indipendenza e la passione delle armi. La natura feroce di quegli uomini li rendeva insufficienti della giustizia, l'ignoranza in cui vivevano non permetteva che sussistessero leggi e riti giudiziari; l'idiotismo generale fino a dar ripu- »

tazione di dotto a chi sapesse sottoscrivere il suo nome rendeva o impossibili o rare le convenzioni; così negli affari civili come nei criminali le controversie si fondavano sulle forse assertive delle parti. Fu dunque necessario invocare il soccorso della Religione per scegliere tra queste contrarie asserzioni dei litiganti quella che offriva una guarentigia a suo favore. Si suppose che il giuramento dell'imputato circa la propria innocenza fosse sufficiente a tranquillare la coscienza dei giudici per pronunziare la di lui assoluzione Ma la esperienza mostrò che o per errore o per mala fede questi numerosi giuramenti eran falsi, quindi divenuti iniqui e derisi questi giudizi fu d'uopo immaginarne di nuovi. Ecco l'origine dei giudizi di Dio, cioè della prove del fuoco, dell'acqua bollente, del combattimento giudiziario

« L'uomo ignorante, feroce, indipendente, spregiava la superiorità che un altro uomo volesse esercitare su di lui, ma timoroso chinava l'indomita cervice al preteso giudizio della divinità; e se anche conscio della sua innocenza, vinto dalla forza o dalla destrezza del suo avversario rimaneva succumbente, non accusava gli uomini, non insultava la giustizia, ma sommosso rispettava gli imprescrittabili Decreti dell'omnipotente. »

« I duelli furono finalmente sbanditi come prove giudiziarie ma restarono nella società come un segno di forza, come un retaggio della cavalleria, come un mezzo a meritare la benevolenza e gli affetti di un sesso che o per vanità o per debolezza predilige il valore. »

« Questo spirito di cavalleria su cui la posterità non contenta della rensura ha ingiustamente versato il ridicolo, era un errore non solo necessario nello stato e condizione di quel periodo sociale, ma un errore fecondo di futura civiltà; poichè se a dispetto delle leggi pregiava la forza, alimentava però lo spirito di cortesia e di lealtà, rendeva gli uomini tenaci della fede data, sensibili ai teneri affetti ed in tal modo, nobilitando le passioni, era aurora di tempi migliori e preparava il trionfo delle leggi. »

« Passando la istituzione dei duelli dal tempo della giustizia ad un uso della società cessò di essere un rito giudiziario ma conservò il carattere di pruova di verità. L'offensore o con detti o con atti, quando era smentito dall'offeso, doveva sostenere con la forza delle armi le verità dell'oltraggio, e dall'altra

banda la mentita che l'offeso dava all'offensore era un simbolo di verità quando era coronata dal successo della pugna. »

« In questi combattimenti vi era un simulacro di giudizio. L'offensore era attore, l'offeso convenuto, la disfida era considerata come citazione, la mentita come atto di contestazione di giudizio; i pattini eran' giudici ed arbitri della contesa, il combattimento era giudizio, il successo o la disfatta era prova definitiva di torto o di ragione. »

« Ed invero, che il cartello di disfida abbia tenuto luogo di citazione lo assicurano tutti gli scrittori della materia. Il Muzio così si esprime nella sua opera sul duello. « Occorrendo altrui che egli abbia da scrivere cartelli, dovrà scrivere con quella maggior brevità che gli sia possibile, formandola que- » rela con certe proprie e semplici parole ac- » ciocchè alla risposta si possa risolvere: che » essendo il duello una forma di giudizio, sic- » come nei giudizi civili, nei criminali e nelle » azioni delle ingiurie le particolari specifica- » zioni si richieggono. (1) »

« Che i padrini o assistenti al duello sieno i giudici e vigilatori della pugna non men chiaro risulta dal seguente squarcio dello stesso scrittore. »

« Se del vocabolo Patrini abbiamo a dire » alcuna cosa, avviso io che sieno così chia- » mati o perchè i Cavalieri, che nelle loro » mani si rimettono, abbiano ad averli in luo- » go di padri, o pure che questa voce per mu- » tazione sia venuta dai Latini, i quali chia- » marono Patrini coloro che prendevano al- » tri sotto la fede della loro difesa. Non vo- » glio tacere che non ci manca chi non Pa- » drini ma Pattini gli usa appellare, il che » se si vorrà concedere si dirà essere *percio- » chè essi del campo fanno i patti assieme,* » ma comunque essi si chiamino, o donde che » sia derivato il loro nome *molto necessaria* » è l'opera loro (2). »

L'oratore, dopo aver svolta la istituzione, i progressi del duello, rassegna le diverse legislazioni estere che han tentato di punirlo, indi venendo alle antiche leggi del regno prosegue:

« Presso di noi i duelli, nel senso di combattimento convenuto ed equilibrato, furono

(1) Muzio Iusti Napolitano sul duello, lib. 1. cap. XIV.

(2) Lo stesso Lib. 2. cap. VIII.

per la prima volta proscritti con la prammatica del vice è Pietro di Toledo del 2 gennaio 1540. Con questa legge il disfidante era punito di morte, il disfidato lo era per le ferite che cagionava; se queste producevano la morte gli era inflitta la pena capitale. I patrinati eran soggetti alla pena dei loro principali. »

« Era scorso quasi un secolo senza che questa legge avesse la sua sanzione, la ferocia della pena e la frequenza dei duelli eran casso d'impunità. Fu quindi necessario il pubblicare una legge novella che frenasse l'abuso ma con pene più miti. »

« Con una seconda prammatica del Conte di Monterey del 6 dicembre 1631 fu provveduto che la disfida fosse punita con la relegazione e con una multa di duc. 2000, simili pene venivano inflitte anche contro coloro che erano ambasciatori e nunzi, assistenti o patrinati del combattimento. »

« Finalmente, con due altre successive prammatiche del Conte di Pennesauda fu snpplito al difetto di leggi preesistenti e furono rischiarati alcuni dubbj circa la comminazione delle pene. Tuttavia i duelli restarono impuniti non essendo nè rari nè infrequenti. »

« Carlo III volendo con una legge affrontare il possente pregiudizio del duello cercò di distruggerlo col soccorso dei costumi e della religione. Creando l'ordine di S. Gennaro pei cavalieri Napolitani, nel di cui ceto i duelli eran più frequenti, stabilì ne' suoi statuti: doversi portar fede alla cattolica Religione, serbare al Rè inviolabile attaccamente, udir la messa ogni dì, non fare nè accettare disfida a duello. »

« Sublime provvedimento fu questo perchè tendeva a migliorare gli uomini prima di punirli ed a fare abborrir il maleficio innanzi di convertirlo a misfatto. Ma il pregiudizio era gigante, ed i tempi grossi e tempestosi che venivano da un lato fomentarono il tristo uso e dal altro sovvertirono l'istituzione il precepto. »

« Con la legge dei 20 maggio 1808 il legislatore punì il duello con una sanzione speciale. Nell'artic. 198 era così prescritto. « L'omicidio intervenuto in duello, se l'uccisore « sia stato l'autore stesso della disfida è punito con la pena della deportazione in quarant'anni; se è punito con la pena di morte « se la cagione della disfida sia ingiusta. Se « l'uccisore sa il disfidato è punito l'omicidio con la detenzione di cinque anni se egli

« abbia dato luogo alla rissa donde è nato il « duello. È punito col massimo termine della « detenzione correzionale quando l'uccisore « oltre l'essere stato provocato al duello abbia anche a suo favore di non essere il provocatore della gara. Dove sia ignoto l'autore della disfida la pena sarà del terzo grado. »

In tutti i casi, nei quali il duello abbia avuto luogo nell'atto stesso della rissa, la pena sarà di un grado minore della stabilita, così per lo disfidato come per l'autore della disfida. La pena correzionale sarà anche più leggiera. L'omicidio commesso in duello con soverchieria sarà punito a tenore dell'articolo 157.

« Dicemmo che i duelli furon dapprima giudizi di Dio e che quindi passarono dal tempio della giustizia negli usi sociali. Dicemmo che in questo passaggio dei duelli dalla giustizia ad una pratica sociale, conservarono il carattere di mezzo onde conoscere il vero. »

« Divenuti i duelli combattimenti di vendetta privata conservarouogli estrinseci caratteri e le forme della loro primitiva origine; non essendo nuovo che sopravvivano i nomi alle cose ed i riti alle credenze. Di fatti, il legislatore, nella legge diretta a fulminare questo abuso, ha enunciati tutti gli elementi che lo costituiscono. »

« Nell'articolo 1. della legge sudetta il legislatore parla di disfida come di atto primordiale di ogni duello; nè di ciò contento, memore dei vecchi abusi di potersi questa disfida eseguire o per mezzo d'interposte persone o per via di spedizione di cartello, prevede l'anno e l'altro caso. Nelle consuetudini del duello vi era che il contumace a battersi fosse dichiarato soccombente, ed a ciò il legislatore rivolge l'articolo 2 della legge citata, esasperando la pena delle ingiurie e delle minacce dette contro colui che si è rifiutato alla tenzone. »

« Nei duelli, l'intervento dei patrinati è stato sempre reputato indispensabile ed il legislatore rivolge principalmente contro di essi la sanzione dell'articolo 9. »

« Una mescolanza d'idee di cavalleria, e di barbara indipendenza contro le leggi, respira nei duelli, ed il legislatore per punire la passione con la passione, prescrive nell'articolo 2 che il colpevole di duello decade dagli ordini cavallereschi; e per frenare l'indomita natura di coloro che, ad onta della possanza delle leggi e della maturità dei tempi ricorrono alla

forza delle armi, ha punito le ferite e gli omicidi commessi in duello con una pena maggiore degli omicidi e delle ferite prevedute dalle leggi comuni. »

« Se dunque la storia, se gli scrittori della materia non avessero ricordati i caratteri del duello, dalle prescrizioni della legge si potrebbero argomentare quali sieno gl' indispensabili requisiti di questo vecchio abuso, poichè in ogni articolo di essa sono enunciati e descritti; in guisa che è necessario il concludere che se alcuno di questi requisiti manchi il delitto debbe per legge riputarsi inesistente. »

« Ma l' argomento che più di ogni altro ci convince di questa verità è quello desunto dalle severe disposizioni dell' articolo 9 della legge sui duelli. Quivi è statuito: nei casi prescritti dall' articolo 5 la pena dei padrini, dei secondi, degli assistenti sarà eguale alla pena dell' autore delle ferite contemplate nell' articolo stesso. »

« Or, se nel duello Tizio ferisce Sempronio con una ferita lieve, il ferito Sempronio sarà punito, ai termini del primo comma dell' articolo 5, col primo grado dei ferri nel presidio. Per l' opposto, Cajo suo feritore sarà punito con la pena del 1. al 2. grado dei ferri espiabile nel Bagno, e così il padrino del feritore come il padrino del ferito saranno ugualmente puniti con la pena del primo al secondo grado dei ferri. »

Per qual ragione il padrino del ferito è soggetto alla stessa pena del feritore? Per qual ragione, essendo egli un complice, è punito con una pena maggiore dell' autor principale? Per qual ragione, chi audacemente combatte e per un evento accidentale resta ferito è dal legislatore più benignamente considerato di chi assiste al cimento ma non combatte, di chi non viola direttamente la legge ma concorre a violarla? »

« No non è un error della legge quest' accresciuta di pene. »

« Ricorriamo alle leggi della Cavalleria, ricorriamo alle consuetudini su i duelli, e noi troveremo che spetta ai padrini il proporzionare la reazione alla intensità delle offese; che ad essi si appartiene il decidere sul luogo, sul tempo, sulle armi del combattimento; che ad essi si addice il giudicare sulle contese surte sul campo, ad essi il frenare o il far progredire il cimento. »

« Son dunque i patrini colpevoli non solo

per aver assistito scientemente al delitto ma per averlo quasi creato, perchè senza la di loro preordinata cooperazione il duello non poteva accadere, ma sotto di questo rapporto sarebbero punibili nei limiti di una complicità necessaria. Son però i padrini doppiamente colpevoli, ed anche al di sopra degli autori principali, perchè sono essi che giudicando del valor delle offese e della latitudine della vendetta usurpano il poter delle leggi e della sovranità; son essi che giudicano della vita e della morte dei duellanti. La severità dunque della legge contro i padrini palesa che il Legislatore ha riconosciuto in essi gli attributi odiosi che il Codice della Cavalleria e gli usi successivi loro accordavano. »

« Per ben definire quindi la esistenza di un duello non basta la materialità di un equilibrato combattimento ma son necessari tutti i requisiti che costituiscono questo reato speciale. Nei quartieri, nella guarnigione, ne campi in cui la milizia si raduna, e presso la quale la viltà è il massimo delitto, può esservi un' uguaglianza di combattimento provocato da un istantaneo sbocco d' ira, ma non perciò vi sarà duello; perchè manca la disdica, manca l' accettazione della stessa, manca la nomina dei padrini, manca la scelta delle armi e manca infine quel correr di tempo che tali operazioni indispensabilmente richieggono. Tutti questi elementi son racchiusi nella voce duello, e nel difetto di alcuno di essi il duello deve dirsi inesistente. »

« Io darò di questa mia proposizione tre prove legislative dalle quali sarà manifesto che quando il concorso di tutti i caratteri costituenti il duello manca, non conviene applicare la disposizione odiosa di una legge speciale, ma per l' opposto debbesi ricorrere alle regole del diritto comune. »

L' oratore desume queste tre prove legislative dagli Editti del 1651 e 1679 ove sono distinti i veri patrini dai semplici spettatori del duello che erano privati della loro carica ed i loro beni colpiti colla confisca del quarto. Dalla prammatica dal Viceré Toledo del 2 gennaio 1540 la quale dopo aver parlato del duello propriamente detto soggiunge: *et etiam illos qui in rixa aut contentione verborum calore iracundiae moti presentialiter provocarent ad duellum, poenas legales et a jure statutas incurrere statuimus et ordinamus*. Infine, dalla legge del 20 maggio 1808 che distingue la giusta dall' ingiusta provocazione,

il duello eseguito in tutte le sue forme dal duello avvenuto in rissa ; indi soggiunge.

« Nella voce dunque duello sono compendiate l'idea di una ingiuria patita, di disfida fatta per vendicarla, di elezioni di padrini, di considerevole trascorrimento di tempo per scegliere le armi, il luogo, proporzionare la vendetta all'offesa, perchè in tutte le leggi preesistenti repressive dei duelli il difetto di uno di questi requisiti o distruggeva l'imputazione speciale o dava luogo a minorazione di pena. »

« E come, senza l'elemento della disfida rivelatrice della patita ingiuria potrebbero i giudici proporzionare la pena al reato del duello? abusiva, pernicioso, selvaggia è stata la pratica e l'uso del duello pervenuto al suo ultimo stadio, ma se tutti i duellanti sono colpevoli chi è moralmente censurabile, l'ingiusto provocatore o il provocato? come il giudice potrà nella latitudine del grado penale essere men rigoroso contro colui che si è spinto al duello per l'onor vilipeso, pel talamo violato, per le sofferte violenze, se le disfide e l'intervento dei padrini, che proporzionano la vendetta all'offesa non gli rivelassero la causa morale dell'avvenimento? come potere esser giusto nel buio della ragione del fatto criminoso? »

« Io dunque ho ragione di concludere che tutti i requisiti che costituiscono il duello mancano nella specie che ci occupa; perchè il processo tace sullo stato di amicizia o inimicizia dei giudicabili, perchè il processo tace sulla disfida e sull'accettazione, perchè il processo tace sull'intervento dei padrini come giudici del valor dell'offesa, della latitudine della vendetta e come sorvegliatori dell'equilibrio del combattimento. »

« Io veggio nel fatto due spettatori ma non padrini, due osservatori del preteso combattimento ma non due giudici dello stesso; io dunque non posso ammettere un duello senza disfida, non posso convertire senza elementi di prova un reato comune in un misfatto speciale. »

« Ma potrebbe dirsi che nella causa presente la prova del duello è intrinseca al fatto materiale, che il numero delle persone, il sito compestre ove si condussero, le armi che asportarono, il luogo da essi creduto inosservato che scelsero, il combattimento di due, la sorveglianza armata degli altri due, e, in ultimo, la riportata ferita svelano un combatti-

mento che il magistrato può definir duello. In altri termini, se una ferita o un omicidio siano premeditati, i volontari, commessi in rissa o in duello è una quistione di fatto, tutta propria del criterio morale e che si appartiene al libero convincimento del giudice come ogni altra quistione intenzionale. »

« Questa obbiezione è falsa per una ragione assai chiara. Il duello è un reato speciale e di suo genere, i cui caratteri odiosi han determinato il legislatore a punirlo con un metodo tutto proprio e derogatorio di quello stabilito nelle leggi comuni. Di fatti, nella legge sul duello è punita la semplice disfida non accettata; mentrè nelle leggi comuni il mandato ad uccidere, non accettato dal mandataro, non è soggetto a pena. Nella legge sul duello, quando i combattenti hanno scelto le armi e il campo, sono a fronte l'uno dell'altro, se anche desistano dal battersi, son severamente puniti; mentrè per le leggi comuni il pentimento annienta e distrugge la imputazione inerente agli atti preparatori del reato. Le ferite arretrate in duello; se non portino storpio o mutilazione, son punite col primo grado dei ferri; per l'opposto, nelle leggi comuni il legislatore stabilisce una gradazione di pena secondo i diversi gradi della loro gravità. Nei casi di storpio e di mutilazione la legge sul duello punisce i colpevoli col secondo grado dei ferri: per l'opposto nelle leggi comuni i giudici hanno la facoltà, anche nei casi di ferite premeditate e commesse con armi proprie, di punire l'autore col primo grado dei ferri; finalmente i padrini, secondo la legge sul duello, son sempre puniti con la pena degli autori principali e talvolta con pena anche maggiore; mentrè nei reati comuni la complicità è distinta in gradi, ed anche quando sia necessaria non è mai punita con maggior severità della pena dovuta all'agente materiale del reato. Qual è dunque la ragione di questa severità indistinta che sconosce il pentimento, che punisce gli atti preparatori del reato, che esaspera, contro le ferite commesse in duello, le sanzioni delle leggi comuni, che non riconosce gradi nella complicità e che in fine talvolta punisce il complice con pena maggiore dell'autore principale? La ragione si è che non la ferita o l'omicidio vuol la legge reprimere con quello estremo rigore, ma è il duello stesso che il legislatore ha voluto punire come misfatto *sui generis*, perchè sacrifica la ragione ad un pregiudizio e

crea nel senso stesso della società un potere superiore alle leggi. »

« Ridotta a questa precisione la cosa chi potrà sostenere che una circostanza aggravante del reato possa esser ritenuta dal giudice senza una pruova diretta. A via di presunzioni potrà il giudice definire come qualificato per la natura delle armi una ferita, e potrà presumere in un reato la violenza pubblica senza il triplice concorso dei requisiti voluti dalla

legge ? Potrà il giudice dichiarare un omicidio qualificato per causa di furto senza una prova diretta che dimostri nel colpevole e la volontà di uccidere e quella di rubare ? certamente che nò ; perchè questo non sarebbe definire la moralità di un fatto materialmente provato, ma sarebbe creare gli attributi materiali di un fatto per quindi capricciosamente definirlo. »

CAPITOLO VII.

DELLE MINACCE.

Caratteri generali delle minacce di che fa parola questo capitolo — La minaccia verbale fatta senza ordini o condizioni non costituisce reato — Elementi del reato di minacce — Uopo è che la minaccia sia fatta in iscritto, che si minacci un fatto soggetto almeno alla pena della deportazione — Le minacce d'incendio vanno subordinate a questa condizione — È mestieri che la minaccia sia fatta con ordine o sotto condizione — Minacce per non fare una cosa — Penalità — Disposizioni di diverse legislazioni — Minacce per iscritto senza condizioni — Minacce verbali con ordini o condizioni — Minacce prevedute dal Codice come circostanze aggravanti d'altri misfatti o delitti — Comentario degli articoli 305, 306 307, 308 e 436 del Codice Penale (articoli 464, 462 e 463 LL. P.)

La legge Penale non ha noverate le minacce tra i misfatti o delitti se non quando disvelano una deliberata risoluzione di commettere un attentato contro le persone. Guardandole sotto questo punto di veduta il Codice le ha noverate nella categoria dei misfatti tra l'omicidio e le ferite volontarie.

Epperò, la semplice minaccia verbale proferta in un moto d'ira non costituisce alcun reato, dappoichè, qui la legge non punisce mica la parola o l'ingiuria ma la risoluzione criminosa, e questa specie di minaccia sempre vaga ed inconsiderata, non ne contiene alcuna. Nella esposizione dei motivi del Codice diceva il sig. Faure: « quanto alle minacce verbali non accompagnate da ordine o condizione, non è statuita pena alcuna. Si è considerato che essendo scvre d'interesse possono nascere da un moto istantaneo, prodotto dall'ira e presto dissipato dalla riflessione ». Il sig. Monseignat ripeteva quasi le stesse parole nel suo rapporto al corpo legislativo: « La semplice minaccia verbale, che non ha i caratteri distintivi di premeditazione o d'intenzion criminosa, non va soggetta ad alcuna pe-

na; essa è risguardata come effimera e vana jattanza di un riscaldamento d'animo o d'inconsideratezza ». La Giurisprudenza si è sempre uniformata a questo principio (1).

La minaccia appalesa una risoluzione criminosa quando è fatta per iscritto, o accompagnata da un ordine o da una condizione. Di fatti, in entrambi questi casi essa non è parola d'inconsideratezza ma è figlia della meditazione; essa veste perciò un carattere di gravità che può ispirare una ragionevole inquietudine, e la giustizia sociale può legittimamente accorrere per prevenire la esecuzione di un reato. « La pena colpisce il reato, diceva il sig. Rossi, innanzi di qualunque atto di esecuzione, e di qualunque atto preparatorio, mentre certamente non può dirsi tale la minaccia massime quando non è accompagnata da ordine o condizione; ciò avviene perchè si crede aversi dallo stesso colpevole una materiale e hastevole prova di una seria e criminosa risoluzione (1) ».

(1) Ved. Decis. Cass. 9 luglio 1818.

(2) Trattato di dritto Penale, t. 2, p. 257.

Tali minacce, porta la esposizione dei motivi, quando sono scritte, rivelano un disegno premeditato di far del male. D'ordinario, lo scritto, ove sono fatte le minacce, contiene un ordine qualunque; per esempio, l'ordine di depositare una somma di danaro in un luogo indicato. La persona minacciata trovasi in una situazione tanto più critica in quanto che non può stare continuamente in guardia, e teme sempre che se non ubbidisce all'ordine, tosto o tardi, e forse quando meno si pensa, finirà per esser vittima del misfatto onde è minacciato. Il terrore che ispirano tali minacce non nuoce soltanto alla persona cui van dirette ma sibbene a moltissimi altri che paventano la stessa sorte. Questa osservazione ha luogo quando anche lo scritto in vece di contenere l'ordine di depositare una somma, contenga quello di adempiere ad una condizione qualunque: in quest'ultimo caso vi è sempre violenza e violenza premeditata con lo scopo di ottenere ciò che non si avrebbe diritto ad esigere ».

Intanto, la legge non punisce mica tutte le minacce, quando anche sien fatte per iscritto o accompagnate da un ordine o da una condizione: essa non vi prende parte che quando la minaccia annunzi un pericolo grave contro la persona cui va diretta.

L'articolo 305 (161) è così concepito: « chiunque, per mezzo di un foglio anonimo o sottoscritto, avrà fatto minaccia di assassinio, di avvelenamento o di qualunque altro attentato contro le persone, punibile colla morte, coi lavori forzati perpetui o con la deportazione (a) sarà punito coi lavori forzati a tempo (col 3.º grado di prigionia, di confino o di esilio correzionale per le Leg. Pen. delle Due Sicilie) quando la minaccia sia fatta con ordine di depositare una somma di danaro in un luogo indicato, o di adempiere a qualunque altra condizione. L'articolo 436 (S. II. p.) ha aggiunto a questa enumerazione: la minaccia d'incendiare un'abitazione o qualunque altra proprietà, sarà punita con la pena comminata contro la minaccia d'assassinio

secondo le distinzioni stabilite negli articoli 305, 306 e 307 ».

Il primo requisito di questa imputazione si è che la minaccia sia fatta per iscritto; questo scritto appunto è quello che offre la prova di un disegno premeditato, e in conseguenza di una risoluzione criminosa. Del rimanente, la legge non fa distinzione alcuna tra lo scritto anonimo e quello che porta una sottoscrizione. In entrambi i casi l'allarme è lo stesso e la stessa prova si ha del progetto criminoso.

La seconda condizione si è che ci sia minaccia di attentato contro le persone punibile o con la morte, o coi lavori forzati perpetui o con la deportazione (1). La minaccia d'incendio non rientrerebbe dunque nelle disposizioni di questo articolo se non quando l'incendio potesse esser punito con una di quelle pene, dappoichè l'articolo 436 agguaglia questa minaccia a quella di assassinio e la sottomette alla regola stabilita dall'articolo 305. Da ciò ne conseguiva che la minaccia d'un attentato contro le persone, punibile soltanto con la reclusione o coi lavori forzati a tempo, non costituirebbe nè misfatto nè delitto. Così la minaccia di percosse, di ferite gravi o di stupro, ancorchè fatta per iscritto non potrebbe andar soggetta ad azione penale (b).

Da ultimo, uopo è che la minaccia sia fatta con ordine di depositare una somma di danaro in un luogo indicato o di adempiere a qualunque altra condizione. Si è fatta questione se la minaccia con ordine di non fare, di astenersi rientrasse nei termini della legge. Può dirsi per la negativa che le parole della legge sembrano indicare l'ordine di fare, il comando, e non già l'ordine di non fare o la proibizione, e che la minaccia con cui si proibisce di fare è la più lieve di tutte le minacce perchè non presenta alcun pericolo prossimo ed imminente. Ma la Corte di Cassazione ha dichiarato, come principio generale, che la minaccia fatta sotto condizione comprende, nella generalità de' suoi termini, tanto la minaccia sotto condizione di non fare, di astenersi,

(a) Le leggi Penali delle Due Sicilie non designano di qual genere, di qual grado debba essere il misfatto minacciato per esser punibile la minaccia; esse dicono in generale, *minacce di qualunque misfatto* quindi abbracciano non solo gli attentati contro la vita ma ancora quelli contro le proprietà purchè costituiscano misfatto. (Ed. Nap.).

(1) Colui che ha scritto una lettera minacciosa, con ordine di depositare una somma di danaro in un luogo indicato, senza specificare la minaccia, può esser riguardato come colpevole di tentativo di scrocco. *Brussels Cass.* 22 novembre 1840; *Gior.* di Brus. 1840, 1, 167.

(b) Vedi *Nota* precedente che spiega la teoria contraria delle leggi delle Due Sicilie.

quanto quella di fare (1)». Noi non troviamo alcuna buona ragione per non adottare questo avviso. Di fatti, poco importa che l'ordine dato prescriva o proibisca di fare una cosa; in entrambi i casi si attenta sia la libertà, sia la proprietà altrui e per conseguente si viola un diritto cui la legge debbe la sua protezione. Nondimeno, la Corte Reale di Bordeaux, per certe peculiari congiunture ha deciso che le parole: *se ti avvanzi, ti uccido*; non costituiscono una minaccia sotto condizione (2). Di fatti, questo è piuttosto una minaccia pura e semplice che condizionale, o almeno questa condizione, suggerita da un istantaneo moto di animo, non rivela mica una determinazione fermamente prestabilita.

I tre requisiti che debbono concorrere per costituire il misfatto preveduto dall'articolo 303 (161) sono dunque i seguenti: è necessario che la minaccia sia stata fatta per iscritto, che annunzi un attentato soggetto almeno alla pena della deportazione, da ultimo che sia accompagnata da un ordine o da una condizione. Il concorso di queste tre circostanze è indispensabile perchè la minaccia si elevi a misfatto. Pare nondimeno che il Codice Penale abbia stabilita una eccezione a questa regola quando nel suo articolo 344 (171 N. 3) ha comminato la pena dei lavori forzati perpetui nel caso in cui l'individuo arrestato, detenuto o sequestrato *sia stato minacciato di morte*, mentre che il sequestro senza questa minaccia è punito coi soli lavori forzati a tempo. Ma le circostanze, tra cui è fatta tale minaccia, le imprimono un carattere speciale, quello d'una violenza, d'una tortura morale esercitata su di una persona ch'è senza difesa; in tal caso la legge punisce piuttosto questa violenza accoppiata al misfatto del sequestro arbitrario, che la risoluzione criminosa di cui non è indice sicuro una minaccia fatta senza condizione.

La pena comminata dall'articolo (305) è quella dei lavori forzati a tempo: questa pena è grave di troppo, dappoichè in punire la minaccia la legge non colpisce un atto di esecuzione di misfatto ma un semplice progetto. Si leggono nella esposizione dei motivi que-

ste parole: «Qualunque sia l'ordine, la legge punisce il misfatto con la stessa pena comminata contro il furto con violenza e non si avvanzi questo un misfatto simile?» A noi pare che quest'analogia non sia esatta. L'audacia del colpevole non è la stessa; v'ha meno distanza dalla minaccia, comechè condizionata, alla esecuzione; il pericolo è anche assai più lieve perchè si ha l'agio di sottrarsi alla minaccia. La minaccia non è che l'indice di una risoluzione criminosa, cui il legislatore ha dritto di prevenire ma però con lieve pena, dappoichè la risoluzione, che in essa va supposta, è ancora incerta, e la minaccia stessa non è ancora che una prova sovente equivoca.

Intanto, nel nostro antico dritto la giurisprudenza dei parlamenti si mostrava molto rigorosa su di ciò: e per vero, noi troviamo molti arresti che condannano alle galere perpetue degli individui convinti di aver scritto fogli anonimi con minaccia di uccidere, se non si portasse quella data somma in quel dato luogo (3). Jousse dice anche che siervi degli esempi d'individui condannati a morte per simili minacce; ciò ebbe luogo, aggiunge egli, nei casi in cui le minacce fossero reiterate e dirette contro un gran numero di persone (4). Questo autore però riporta un arresto onde in simili casi non fu pronunziata che la pena di tre anni di galera (5). Le minacce senza condizione e fatte in un momento d'ira non eran punite che di un'ammenda (6). La legge Inglese, sia che qualifichi come attentato contro le persone le minacce fatte sotto condizione, sia che le qualifichi come imputazione calunniosa, le colpisce di una pena che può ad arbitrio del giudice variare da una breve prigionia fino alla trasportazione a vita. Le altre legislazioni, e segnatamente le leggi Penali di Napoli e il Codice del Brasile, non hanno comminata che una prigionia la quale nella prima di queste leggi non può oltrepassare cinque anni, nella seconda sei mesi.

Fin qui non ci siamo occupati che del reato preveduto dall'articolo 305 (161) cioè a

(1) Decis. Cass. 1 febbraio 1834; vedi anche Corte di Bordeaux, 27 febbraio 1834; Sirey, 1834, 1, 266.

(2) Decis. di Bordeaux, 15 aprile 1835 (Giorn. del Dritto crim. 1835, p. 220).

(3) Arresto del Parlam. di Borgogna del 21 maggio 1675 (Taisand, su le costumanze di Borgogna, tit. 1, art. 5, n. 7); arresto del parlam. di Parigi, 8 gennaio 1690.

(4) Tratt. delle mat. crim. tom. 4, p. 221.

(5) Arresto 7 dicembre 1746, t. 3, p. 587.

(6) Arresto del Parlamento di Digione, del 22 settembre 1700; Dugard, t. 2, p. 49.

dire delle minacce fatte in iscritta ed accompagnate da ordine o condizione. Può però avvenire che le minacce fatte in iscritto non contengano condizione alcuna, o che, essendo accompagnata da una condizione, sieno fatte verbalmente; queste due ipotesi vanno prevedute negli articoli 306 e 307 (161 comma 2 e 162).

L'articolo 306 (161 N. 2) è così concepito: « Se questa minaccia non sia stata accompagnata da alcun ordine o condizione, la pena sarà una prigionia da due a cinque anni, ed un'ammenda da 100 a 600 franchi (secondo grado di prigionia, di confino o di esilio correzionale per le leggi delle Due Sicilie). Questo attenuamento di reità e di pena è giustificato dalla esposizione dei motivi in questi termini: Quando la minaccia scritta non è stata accompagnata da alcun ordine o condizione non la si può attribuire che ad un desiderio d'incutere terrore, senza alcun fine di appropriarsi la roba altrui. Il colpevole merita una pena ma questa non può essere che correzionale. Di fatti, questo reato è assai men grave del primo. »

L'articolo 307 (162) prevede l'altra ipotesi: « Se la minaccia fatta con ordine o condizione sia verbale, il colpevole sarà punito con una prigionia da sei mesi a due anni e con un'ammenda di 25 a 300 franchi ». Le minacce verbali son punite men severamente delle minacce scritte, perchè, agendo il colpevole più spiatellatamente, men difficilmente guardarsi di lui; in conseguente, queste tali minacce eccitano minor timore, e d'altra banda non può sempre suporsi in esse una premeditazione come nelle minacce scritte.

L'articolo 308 (163) aggiunge: « Nei casi preveduti dai due articoli precedenti il colpe-

vole potrà inoltre esser messo, dalla sentenza di condanna, sotto la sorveglianza dell'alta polizia per un tempo non minore di cinque anni nè maggiore di dieci (sottoposto alla mallevata, all'obbligo o alla cauzione, per le LL. delle Due Sicilie).

Questa pena accessoria, che non trovasi prescritta nell'art. 305, perchè ivi è annessa alla pena dei lavori forzati, è qui puramente facoltativa; essa non deve applicarsi che ai colpevoli le cui minacce hanno fatto intravedere un meditato disegno criminoso. « Questo arbitrio lasciato ai giudici, porta la esposizione dei motivi, impone loro il dovere di esaminare sino a qual punto quest'individui sieno a temersi sia per le abitudini della loro vita, sia per le loro relazioni ». Il legislatore dunque non ha statuito come una guarentigia la sorveglianza della polizia che per gl'imputati i quali sono degli esseri pericolosi.

Il Codice Penale ha preveduti altri casi di minacce oltre questi di cui abbiamo qui parlato. Così, l'articolo 179 (173) punisce la violenza commessa in persona di un funzionario per vie di fatto o minacce; gli articoli 233 e 224 puniscono gli oltraggi per gesti o minacce commessi in persona di un magistrato o ufficiale Ministeriale. In questi diversi casi, del pari che in quello dell'art. 344 qui menzionato, la minaccia è considerata sia come un'ingiuria sia come una via di fatto; essa aggrava il reato che accompagna ma non costituisce un reato distinto, non le si possono dunque affatto applicare i requisiti della imputazione preveduta dall'articolo 303 (161). Non così però dell'articolo 436 (S. II. p.), esso è il complemento degli articoli 305, 306 e 307 quindi va sottoposto alle stesse loro regole.

CAPITOLO VIII.

DELLE PERCOSSE E FERITE VOLONTARIE

Divisione della materia — § I. Delle percosse e ferite volontarie — Cenni generali sulla imputazione delle violenze e vie di fatto. — Difficoltà nel fissare la misura delle pene — Sistemi diversi — Sistema del Codice Penale — Esame critico — Legislazioni diverse — Divisione delle violenze — Quattro categorie — Del'e violenze leggieri — Definizioni e pene — Delle percosse e ferite, che non hanno cagionata una incapacità al lavoro per più di 20 giorni — Condizioni di tal reato — Delle percosse e ferite che han prodotta una incapacità al lavoro per più di 20 giorni — Quali violenze possono riguardarsi come percosse e ferite? Definizione delle ferite — In quali casi debbonsi noverare nella categoria delle percosse i maltrattamenti e gli urti dati alle persone? — Della volontà costitutiva del reato di percosse o ferite — La volontà può arguirsi dall'uso di certe armi — Della reiterazione delle percosse — Della incapacità al lavoro — Cosa debbasi intendere per lavoro personale? — Esame della giurisprudenza della Corte di Cassazione — Teorica del Codice — Della durata dell'incapacità — Delle percosse e ferite che abbian cagionata la morte — Modificazioni apportate al Codice Penale — Condizioni necessarie perchè abbia vita questa circostanza aggravante — Cessa mai l'imputato d'esser responsabile della morte quando questa avvenga dopo 40 giorni dalle violenze? — Circostanze aggravanti delle violenze — Della premeditazione e dell'agguato — Dei vincoli di parentela tra il reo e la sua vittima — Delle violenze commesse in riunione sediziosa con ribellione e saccheggi — Del misfatto di castratura — Elementi di questo misfatto — § II. Dell'aborto e degli accidenti e malattie cagionati dall'uso di sostanze nocive alla salute — Elementi costitutivi dell'aborto — Il tentativo di aborto va soggetto a pena? — Entrano mai in questa imputazione le percosse date senza intenzione di produrre l'aborto ma che però l'abbian prodotto? — Della somministrazione di sostanze nocive alla salute, e delle malattie che possono derivarne — Elementi costitutivi di questo reato? — § III. Del reato di asportazione d'armi vietate — Cosa debbasi intendere sotto questo nome? — Stato della legislazione intorno a ciò — Comentario degli articoli 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315 316, e 317 Codice Penale (articoli 356 a 361, 450 e 453, 393 a 399 LL. P.)

Le materie contenute in questo capitolo, come hē abbian tutte per oggetto le violenze contro le persone, pure non sono perfettamente omogenee come avrebbe richiesto un metodo esatto; ma noi, servi dell'ordine delle ma-

terie stabilito dal Codice, abbian dovuto adottare le sue classificazioni generali. Raggrupperemo dunque in uno stesso capitolo i reati che il Codice ha uniti in una stessa sezione. Intanto, come questi reati van dalla lo-

ro natura diversa sceverati in tre differenti classi, così li disamineremo in tre distinti paragrafi.

Nel primo tratteremo delle percosse e ferite volontarie;

Nel secondo, dell' aborto e dell' uso di sostanze nocive alla salute;

Nel terzo, della fabbricazione, dello spaccio e dell' uso di armi vietate.

§ I.

Delle percosse e ferite volontarie.

La imputazione delle vie di fatto, delle violenze, delle percosse e ferite commesse volontariamente ma senza intenzione di uccidere, presenta gravi difficoltà. La legge in fatti non ha che pochi elementi per distinguere questi atti secondo la loro reità relativa; poichè da una banda la gravezza delle violenze o delle ferite dipende da mille cagioni, che non possono essere imputate al loro autore, e d'altra parte, il risultamento materiale non è un indice sicuro della intenzione del colpevole. In questa materia le regole generali falliscono nella maggior parte dei casi, dappoichè le azioni non si presentano mai le stesse, e le distinzioni sono quasi impossibili poichè bisognerebbe moltiplicarle all' infinito.

Pare che il legislatore abbia da sè confessata la sua impotenza in tal rincontro: « È difficile, dicea l' oratore del corpo legislativo, valutare in questa parte esattamente la gravità del reato e la perversità del suo autore, il numero delle pene è limitato, le minacce dei misfatti variano come i caratteri degli individui. In questa materia vi è molto a dire e molto a supportare; ma dir tutto è impossibile, lasciando campo alle supposizioni non è cosa convenevole. In questa penosa alternativa, imposta dalla natura stessa del soggetto e dai limiti dello spirito umano, uopo è segnar qualche traccia in una via impossibile ad essere spianata, e ranuodare le specie diverse e le loro innumerevoli svariatezze a qualche punto fisso, a qualche principio generale; il rimanente ai giudici. »

La legge può seguire tre sistemi per giungere a questa repressione. Il primo consiste in stabilire semplicemente tale pena contro le ferite gravi e tutt' altra contro le ferite lievi, abbandonando ai giudici del fatto la cura di estimare quali ferite sieno gravi quali leggier-

re. Tale è stato il metodo seguito dal Codice di Austria: questo Codice si limita a distinguere le ferite e le lesioni gravi, quelle che hanno messo in pericolo la vita, e da ultimo le violenze gravissime; a ciascuno di questi gradi corrisponde la pena: di sei mesi ad un anno di prigionia, di uno a cinque anni della stessa pena, e d' uno a cinque anni di carcere duro: nessun articolo però in quel Codice definisce i caratteri di ciascuna specie di ferite, esso ne lascia la valutazione al giudice. Il Codice Prussiano porta del pari: « Se qualcuno ha cagionato ad un altro, con disegno premeditato, delle lesioni gravi onde possano derivare conseguenze pericolose per la sua salute o per qualche parte del corpo, vi sarà luogo ad una reclusione proporzionata (art. 197); l' articolo susseguente aggiunge: « Secondo il grado della lesione, la gravità del danno e la convalescenza del ferito la durata della pena può estendersi da due mesi a tre anni. »

In un sistema opposto, la legge restringendo le attribuzioni del giudice discende dal genere alle specie, percorre le svariate mutilazioni che possono esser prodotte dalle ferite e designa quelle che essa riguarda come più o meno gravi. Questo metodo era quello seguito dal Codice del 1791: secondo questo Codice la pena era di due anni di detenzione, quando per effetto delle ferite l' offeso fosse diventato per più di 40 giorni incapace di attendere ad alcun lavoro corporale; era di tre anni se si fosse cagionata frattura di un braccio, di una gamba di una coscia; di quattro anni se l' offeso avesse interamente perduto l' uso di un occhio, di un membro o mutilata qualche parte del corpo o della testa; da ultimo, la pena era di sei anni di ferri quando l' offeso si fosse trovato privo assolutamente dell' uso della vista, di entrambe le braccia, o di ambedue le cosce (1). Così, l' Assemblea Costituente, trascinata dal desiderio di graduare la pena del colpevole su le sofferenze della vittima, aveva per modo di dire diviso in frazione il corpo umano e soggettata ad una tariffa penale la perdita di ciascuna di queste frazioni (1). Ma se questo sistema, con la svariatezza delle sue distinzioni, schivava le inconvenienze dell' altro e l' arbitrio nei giudizi, cadeva però in

(1) Cod. Pen. §5. Sett. — 6 ott. 1791: 2. part. tit. 2. sez. 1. art. 21 e seg.

(2) Discorso del sig. di Mounesignat al corpo legislativo.

un pericolo non men grave prendendo, in ciascuno dei casi, per base della pena il risultato materiale della ferita; questo risultato non può esprimere il valor morale dell'azione se non quando risponda alla volontà di chi l'ha commesso; uopo era aggiungere almeno la condizione richiesta dal Codice di Prussia con le parole: « Se l'offensore si abbia » realmente proposto in animo la mutilazione e lo sfregio che vi è derivato. » Non esprimendo questo elemento di reità, e non pronunziando che delle pene immutabili, cui il giudice non può in modo alcuno proporzionare alla gravezza effettiva dell'atto, il Codice Penale del 1791 non avea stabilito che un sistema repressivo falso ed ingiusto.

Il legislatore del 1810 ha pensato assidersi in mezzo a questi due opposti sistemi, ed evitare ad un tempo i termini troppo vaghi del primo, i particolari troppo minuziosi e le troppo precise distinzioni del secondo. Il Codice penale ha distinte le percosse e le ferite in due categorie come il Codice di Austria; ma in luogo di abbandonare questa distinzione all'arbitrio del giudice, esso ha stabilita per base la durata della malattia o della incapacità al lavoro che fosse risultata dalle ferite. Le percosse e ferite che hanno cagionata una malattia o incapacità al lavoro per più di 20 giorni sono qualificate *malfatto*; le violenze che non hanno avuto questo risultato sono qualificate *delitto*.

La legge penale dee per necessità stabilire un limite, per la distribuzione delle pene, tra le ferite lievi e le ferite gravi, e a dirlo schiettamente, gli elementi di questa separazione trovansi in ciascun fatto particolare, e difficilmente possono esser messi in accordo per costituire una regola generale. Pure non puossi fare a meno di non osservare quanto sia fragile questa base presa dal codice, e quanto sia incompleto il complesso della sua imputazione.

La qualificazione della violenza, quando poggia soltanto su i loro risultati, non può essere giustificato che da un solo motivo, cioè, che il reato acquista maggior gravità dalla gravità del danno che ha cagionato; di fatti, indipendentemente da questo danno che, per la sua importanza, sembra richiedere un più efficace risarcimento, non può negarsi che la sua gravità sia un indizio della volontà che ha diretti i colpi, e in conseguente della malvagità dell'agente. Ma questo indizio non è in-

fallibile, e la gravità dei risultati può esser meramente casuale. In vero, la legge non richiede che una condizione di moralità, ed è che il reo abbia operato volontariamente, val dire con la volontà di percuotere e ferire. Ma avea egli in animo di non dare che un colpo leggiero? Voleva forse fare un male più grave? intendeva forse di storpiare o mutilar la sua vittima? La legge non ha chiesto conto di questa gradazione di reità; essa è valutata a seconda dei risultamenti delle percosse e ferite. Or, quanti casuali accidenti possono frammischiarli al fatto e modificare le sue conseguenze? Debbe forse il reo esser responsabile del fragile organismo della sua vittima, delle ferite che esso ha riportate cadendo, del caso che ha diretto i colpi, del difetto di cuore, della imprudenza dell'infermo, della imperizia del medico? Debb'egli per l'opposto profittare del valido organismo dell'offeso, dell'espertezza dell'uomo dell'arte che con le sue cure ha saputo accorciare la malattia? Non è egli chiaro che la legge, non tenendo conto di queste circostanze accidentali, sostituisce una giustizia apparente alla giustizia reale e confida all'arbitrio del caso la cura di graduar la pena sulla gravità del reato. Debbesi però aggiungere che il sistema delle circostanze attenuanti, senza cancellar i vizi della legge ha modificati i suoi effetti giacchè permette di tener conto, fino ad un certo punto, delle circostanze accessorie del fatto nella misura della pena.

Il sistema del Codice può, sotto altre vedute, dar luogo a ragionevoli censure. Supponiamo che le percosse o ferite non abbian cagionata una incapacità al lavoro per più di venti giorni ma che, per effetto di queste violenze, la vittima resti priva di uno de' suoi membri o mutilata. Secondo la teoria del Codice, l'autore di questa mutilazione non va soggetto che ad una prigionia correzionale; or questa pena non è forse troppo mite quando la semplice incapacità al lavoro per più di 20 giorni è punita con la reclusione o coi lavori forzati a tempo? Non è forse chiara cosa che l'offeso prova un danno maggiore da una mutilazione o anche da una ferita, la quale lasci una perpetua cicatrice e lo sfregi, che da una malattia momentanea. La legge qui si contraddice da sè; essa si è male apposta su i segni che rivelano il male materiale, ha preso uno di questi segni per base di una regola generale mentre che in certi casi è segno solamente di una sofferenza maggiore.

Tutte le legislazioni concorrono a deporre per la giustizia di queste osservazioni. La legge Brasiliana aggrava la pena comminata contro le percosse o ferite quando esse abbiano prodotto la mutilazione di un membro, di un organo, oppure uno sfregio (art. 203 e 204). La legge penale di Napoli, che ha copiato quasi testualmente il nostro Codice, immegliandolo in questo punto, aggrava del pari la pena se la persona offesa è rimasta storpiata o mutilata (art. 358 e 360). Il Codice di Prussia, in una disposizione per noi già citata, estende sino a 6 anni la pena della reclusione, « se l'offensore avea realmente in animo di cagionare la mutilazione o lo sfregio che ne è derivato (art. 799). Da ultimo, il Codice compilato dal signor Livingston considera come circostanza aggravante della ferita lo sfregio che sia rimasto all'offeso, o la malattia permanente che ne sia derivata (articolo 438).

Tali sono le principali osservazioni cui può dar luogo il sistema del Codice penale. Già dicemmo che l'ammissione delle circostanze attenuanti correggeva in parte i vizi che noi abbiamo notati, una ragionata applicazione della legge può condurre allo stesso scopo; ci faremo ora ad esaminare le regole nelle quali si è trasfuso questo sistema.

Le violenze che rientrano nella categoria delle percosse o ferite possono dividersi in quattro classi:

In vie di fatto e violenze leggere che non cagionano alcuna ferita.

In percosse o ferite che non cagionano alcuna malattia o incapacità al lavoro per più di 20 giorni.

In percosse o ferite che hanno avuto per risultamento una malattia o incapacità al lavoro per più di 20 giorni.

Da ultimo, in percosse e ferite che hanno cagionata la morte.

Il Codice penale non si è mica occupato delle vie di fatto o violenze leggere; per trovare una pena contro di loro non è rimontare a leggi quasi del tutto abrogate. La legge dei 19-22 luglio 1791 pronunziava un'ammonenda che non poteva esser minore di 20 lire ed una detenzione di tre giorni nella campagna ed otto giorni nella città contro *gli autori di vie di fatto e violenze leggere* commesse nelle adunanze e luoghi pubblici. L'articolo 605 n.° 8 del Codice del 3 Brumajo anno IV ha riprodotta questa disposizione modificandone la pena. Questo articolo punisce

con le pene di polizia *gli autori di vie di fatto leggere purchè non abbiano cagionate percosse o ferite*. Possono mai questi due articoli essere tuttora applicati? furono essi implicitamente abrogati. La Corte di Cassazione non ha cessato di risguardarli come ancora vigenti: « Attesochè le vie di fatto e violenze leggere non essendo state prevedute da alcun articolo del Codice penale, nè da altra legge posteriore a quella dei 19-22 luglio 1791 e 3 brumajo anno IV, le disposizioni delle dette leggi che vi han relazione, e che erano in vigore quando fu promulgato il Codice penale, furono espressamente mantenute dall'articolo 484 di questo Codice, epperò le Corti e i Tribunali debbono continuare ad osservarle e metterle in esecuzione (1). »

Secondo questa norma la Corte di Cassazione ha giudicato che il fatto di avere, in una piazza pubblica, afferrato da dietro un giovane, apertagli la bocca e ripiena di fango, non poteva andar compreso nelle disposizioni del Codice penale quando non fosse stato accompagnato nè da ferite nè da percosse, e che questo atto presenta il carattere delle vie di fatto e violenze leggere menzionate dalla legge dei 19-22 luglio 1791 e dal Codice del 3 Brumajo anno IV (1).

La stessa Decisione debbe applicarsi a tutte le vie di fatto che non abbiano cagionata alcuna ferita e che non sieno state accompagnate da percosse; tale è l'atto di urtare qualcuno quando non ne sia seguita una caduta, di tirarlo per le vesti, di buttargli dell'acqua. Le vie di fatto, quando non entrano nella classe delle ingiurie debbono esser punite con le pene di polizia comminate dall'articolo 607 del Codice del 3 Brumajo anno IV (art. 462 N. 1 a 7, ll. p.) Le violenze vanno comprese

(1) Decis. Cass. 14 aprile 1821; 30 marzo 1832. Dalloz, t. 28, p. 173; Sirry, 1832, 1, 656. La Corte di Brusselles con Decisione dei 18 aprile 1835 ha giudicato il contrario; Giornale di Brusselles, 1835, p. 181. Rauter, *Trattato del Diritto criminale*, comechè tenga la giurisprudenza francese come contraria ai principj, pure conviene che essa può giustificarsi colla considerazione che il fatto, onde trattasi, era preveduto da una legge speciale, quella del 22 luglio 1791, cui il Codice di Brumajo (art. 609) non avea fatto che confermarlo, e che perciò, la disposizione che la riguardava era stata mantenuta dall'articolo 484 del Codice penale.

(2) Decis. Cass. 14 aprile 1821. Dalloz, t. 28, p. 173.

nelle disposizioni del Codice penale quando cagionano ferite o si manifestano con percosse: quelle che non producono una incapacità al lavoro per più di 20 giorni non costituiscono che un reato correzionale e son prevedute dall'articolo 311 così conceputo: « Quando le ferite o percosse non avranno cagionata alcuna malattia o incapacità di lavoro personale, della specie menzionata dall'articolo 309, il colpevole sarà punito con una prigionia da sei giorni a due anni, con un'ammenda di 16 a duecento franchi, o soltanto con una di queste due pene. »

Tre condizioni si richieggono da questo articolo perchè abbia vita il reato: è mestieri che l'imputato abbia cagionato delle ferite o date delle percosse, è questo l'elemento materiale del delitto; che abbia agito volontariamente cioè con la intenzione di nuocere, poichè se le percosse sieno state involontarie o non vi ha delitto o è di altra natura; da ultimo, che le percosse o ferite non abbian cagionata una incapacità al lavoro per più di 20 giorni, poichè vi sarebbero allora i caratteri di misfatto. Queste differenti condizioni saranno sviluppate fra poco, in disaminare l'articolo 309.

Dobbiam qui soltanto notare che le parole con cui si chiude il primo paragrafo dell'articolo: *o solamente con una delle due pene*, sono state aggiunte all'articolo 311 dalla legge del 28 aprile 1832. Lo scopo di questo amendamento fu di dare ai tribunali correzionali la facoltà di attenuar le pene e proporziolarle alle svariate circostanze delle innumerevoli specie di ferite e percosse. Non v'ha dubbio che l'articolo 463 disponea d'altra banda che i tribunali correzionali son facoltati ad attenuar la prigionia anche al di sotto di sei giorni, e l'ammenda al di sotto di 16 franchi, e che hanno anche il diritto di pronunziare o l'uno o l'altra di queste pene; ma essi non potevano usare di questa facoltà che dichiarando concorrervi nel fatto circostanze attenuanti, mentre che, nella ipotesi dell'articolo 311, l'applicazione sia della pena di sei giorni di prigionia, sia della sola ammenda, non è subordinata ad alcuna condizione di motivi o di fatti attenuanti.

L'articolo 309, nel suo primo paragrafo, prevede la terza categoria delle violenze, cioè, quelle che hanno cagionata una incapacità al lavoro per più di 20 giorni. Questo articolo è così conceputo: « Sarà punito con la reclusione chiunque abbia volontariamente cagionato delle ferite o date delle percosse onde sia derivata una malattia o incapacità al lavoro personale per più di 20 giorni. » Noi andremo successivamente esaminando quali sieno le violenze che costituiscono le percosse o ferite, in quali casi il colpevole può dirsi aver agito volontariamente; da ultimo, quale debba essere la natura della malattia o incapacità al lavoro che, prolungandosi per più di 20 giorni, caugia la natura del fatto e gli dà il carattere di misfatto.

La legge non ha definito nè le ferite nè le percosse. Forse le ferite non richiedevano definizione alcuna: esse lasciano una traccia materiale che attesta la loro esistenza. La legge avrebbe soltanto potuto limitare la sua imputazione alle ferite di una data gravità, ma non l'ha fatto. Dalla generalità di questi termini ne deriva che vi sono comprese tutte le lesioni del corpo umano cagionate dall'avvicinamento o dall'urto di un corpo duro. Le contusioni, le piaghe, le echimosi, le escoriazioni, le fratture sono delle ferite; le stesse scottature possono andar sotto questo nome quantunque la medicina dia loro un altro carattere, un'altra classificazione, sarebbe dunque opera vana percorrere ed esaminare le numerose divisioni e suddivisioni delle ferite, proposte da coloro che hanno scritto sulla medicina legale: la legge non ha adottata alcuna di queste divisioni, essa volge gli occhi alle ferite ed imprime loro il carattere di delitto nel momento che cessano d'essere noverate fra le vie di fatto o le violenze leggieri; non si occupa della loro gravità che per graduare la qualificazione o la pena.

Più difficile cosa si è determinare con precisione quali sono le vie di fatto che costituiscono delle *percosses* nel senso della legge: Qualunque violento avvicinamento del corpo umano con un altro corpo qualunque può aver questo carattere, imperocchè non è necessario che il corpo umano provi qualche lesione; la legge non ha costituita la lesione ad elemento del reato; nè anco è necessario che l'urto abbia lasciato tracce. Epperò, la Giurisprudenza ha dichiarato che non schiaffo non era mica una semplice via di fatto ma sibbene una percossa nel senso della legge penale (1); a più forte ragione rientrerebbero in

(1) Decis. Cassa. 9 Dicemb. 1819. 5 Marzo 1831. Dall'oz. t. 22. p. 217 e 248; Sirey, 1820, 1, 170.

questi termini le violenze commesse con bastoni, canne, staffili, pietre.

Abbiamo già detto che l'urtare una persona non può costituire che una semplice via di fatto, quando questo atto non sia accompagnato da percosse o ferite. La legge Romana non vedeva in queste violenze che un'ingiuria, *in corpus injuria fit cum quis pulsetur* (1); essa ammetteva tra questa ingiuria e le percosse una differenza attinta dai loro risultamenti. *Inter pulsationem et verberationem hoc interest: verberare est, cum dolore caedere, pulsare sine dolore* (2). Ma queste differenze svaniscono, e i due atti vestono lo stesso carattere, quando la via di fatto abbia cagionata la caduta delle persone urtate; poichè urtare qualcuno in modo da farlo cadere, importa, se non dargli una percossa, almeno esser causa che egli ne possa riportar qualcuna; e poco monta, al dir di una Decisione, che un corpo duro sia spinto contro una persona, o che questa sia spinta contro un corpo duro (3). Il carattere e i risultamenti della violenza sono gli stessi, sarebbe cosa puerile voler trovare una distinzione nel senso restrittivo che il linguaggio volgare annette alla parola *percosse*. Questa interpretazione è stata adottata dalle Corti di Cassazione (4).

La espressione generale: *percosse*, che si trova negli articoli 309 e 311, non limita mica il misfatto o delitto al caso soltanto che le percosse date sieno state molte; nulla v'ha onde possa desumersi che la legge abbia voluto fare questa distinzione, ed è chiaro che essa sarebbe mal fondata; poichè un solo colpo dato con violenza può avere un carattere più grave e cagionare un danno maggiore di quello che può derivare da molti colpi men violenti (5). Del rimanente, questa espressione nulla ha di sacramentale, epperò, se l'accusato fusse stato colpevole di *cattivi trattamenti contro una persona* potrebbe andar soggetto alle disposizioni degli articoli 309 e 311. Nondimeno, giova osservare che questi articoli non si applicano ad ogni specie di *cattivi trattamenti* contro le persone ma soltanto a quelli che si mettono in atto con percosse o ferite. Epperò, come si è avvisata la Corte di

cassazione, non sarebbe più applicabile questo articolo se l'accusato fosse stato dichiarato colpevole di cattivi trattamenti non già *contro una persona*, dappoichè queste espressioni non fanno più supporre necessariamente che questi cattivi trattamenti sieno stati delle violenze fisiche o percosse. Parimenti, in altra ipotesi, i gesti più minacciosi non potrebbero costituir delle violenze nel senso della legge penale, se non quando attaccassero la persona stessa dell'individuo minacciato; non converrebbe dunque seguire intorno a ciò la Decisione della legge Romana che noverava questi gesti nella classe delle ingiurie reali: *Si quis pulsatus quidem non est virum manus adversus eum levatae et saepe terribus quasi vulpularius (verberandus) non tamen percussit, ulli injuriarum actione tenetur* (6).

Il secondo elemento del reato è la volontà. In generale, la volontà è la condizione essenziale di tutti i reati; ma in questa materia il giudice ha un debito speciale di esaminarla e proclamarla nella sua dichiarazione, dappoichè trattasi di distinguere le percosse e ferite volontarie da quelle che fossero cagionate da imprudenza o dissaccortezza. La legge onde fu modificato il Codice penale per rendere più sensibile questo dovere dei giudici ha creduto inserire nell'articolo 309 la parola *volontariamente*; ma quest'aggiunzione superflua non ha affatto cangiato il senso della legge, già fissato dal titolo di questa sezione che porta *ferite e percosse volontarie*. Del rimanente, la giurisprudenza non era stata mai dubbiosa intorno a ciò; il principio seguito si prima della modificazione che dopo fu sempre, che gli articoli 310 e 311 non sono applicabili se non quando sia stata espressamente dichiarata la circostanza della volontarietà, e che la espressione *colpevole* non basta per mettere in rilievo questa circostanza quando non si elevi e discuta un'apposita questione intorno a ciò (7).

E mestieri inoltre notare che queste volontà non consiste nel disegno di uccidere, poichè allora le percosse e le ferite costituirebbero un tentativo di omicidio; in questa materia la volontà consiste nel disegno di dare delle percosse, cagionare delle ferite sia per oltraggia-

(1) Lib. 1, Dig. da injuriis et fam. libellis.

(2) L. 5, Dig. ead. leg.

(3) Decis. Cass. 22 Agosto 1834.

(4) Decis. Cass. 15 Dicemb.

(5) Decis. Cass. 5 Marzo 1831.

(6) L. 15, 18, 1. Dig. de injur. et fam. libellis.

(7) Decis. Cass. 27 Feb. 1824; 30 Marzo 1826; 29 Agosto 1828; Sirey, 1829, 1, 38.

re sia per maltrattare un individuo senza voler però dargli morte. Questo disegno di nuocere può arguirsi da tutte le circostanze dell'azione, dai motivi che hanno spinto l'agente, dalla gravazza delle ferite, dalla natura dell'arma adibita. Non dimanco, queste circostanze non sono che presunzioni: tra poco vedremo non esser sufficiente che le ferite sien atte a cagionar la morte per cangiar la natura del fatto. La stessa regola si applica alle armi onde ha fatto uso il colpevole: nissuna disposizione di legge ha dato il carattere di tentativo di omicidio a delle ferite sul solo motivo che sien state cagionate con un'arma omicida; il solo fatto dell'uso di quest'arma non sarebbe sufficiente a costituire simile tentativo, e le ferite rientrerebbero in questo caso nei termini degli articoli 309 e 311 (356 e seg. II. p.) a meno che non si fosse espressamente dichiarato che l'arma omicida era stata adoperata con intenzione di uccidere (1).

Importanto, la Corte di cassazione in un caso particolare ha giudicato che la volontà non dichiarata esplicitamente dal Giurì risultava implicitamente dai fatti materiali da esso ritenuti. L'accusato era stato dichiarato colpevole di avere dato delle percosse reiterate volte, e la Corte di Assisa lo avea assolto pel motivo che nè la questione nè la risposta enunciavano che egli avesse agito volontariamente. Questa decisione assolutoria fu annullata pel motivo che la parola *aver date delle percosse a varie riprese* comprendevano la frequenza e la reiterazione di atti della stessa natura necessariamente determinati dalla volontà e dalla intenzione del loro autore (2). Lo stesso caso si è presentato una seconda volta, e nell'arresto della Corte di Cassazione si legge anche: « che il Giurì non si era spiegato sulla circostanza che le percosse fossero date con reiterati colpi, onde solo si sarebbe potuto dedurre che l'accusato avesse agito volontariamente (3) ».

A dir il vero a noi pare, come alla Corte di Cassazione, che la reiterazione dei colpi sia uno dei segni che possono caratterizzare la

volontarietà; ma qualunque possa esser la forza di questa presunzione può mai essa supplire alla dichiarazione del Giurì? crediamo che no; la legge elevando la volontarietà ad uno degli elementi del reato esige necessariamente che sia in termini espressi dichiarata dal Giurì; sarebbe un'nsanza molto pericolosa quella di ammettere come base della penality una interpretazione la quale non è che probabile, e che avrebbe potuto esser contraddetta dal Giurì ove gliene fosse proposta apposita questione.

Le due condizioni della imputazione per noi qui discorsa, cioè, il fatto materiale delle percosse e ferite e la volontà, son sempre richieste o che le violenze costituiscano misfatto o che dien vita ad un semplice delitto: in quest'ultimo caso esse sono sufficienti per costituire la infrazione; le percosse o ferite, qualunque sieno le loro conseguenze, perchè volontarie, van comprese nei termini dell'articolo 311. Nella prima ipotesi, perchè la infrazione vesta i caratteri di misfatto la legge richiede una terza condizione; è mestieri che *dalle violenze sia derivata una malattia o incapacità al lavoro personale per più di 20 giorni*. In questa condizione son compresi tre elementi: il nesso tra le violenze e la malattia, la natura della incapacità, e la sua durata.

La legge richiede che la malattia o la incapacità al lavoro sia il *risultamento* delle violenze. Di fatti, è chiaro che la incapacità non possa essere una misura della gravazza delle violenze se non quando vi sia tra questi due fatti un rapporto di causa e di effetto. E dunque mestieri che questo nesso sia provato e dichiarato dal Giurì. Non sarebbe però necessario che le percosse fossero state la sola cagione della malattia o incapacità; sarebbe sufficiente che fossero state di causa occasionale; così, se la cagionevole salute della vittima abbia dato alle ricevute percosse una gravazza più grande, e la malattia sia derivata tanto dalla debolezza fisica dell'offeso quanto dalle offese stesse, l'agente non sarà perciò meno responsabile secondo la durata della malattia; dappoichè, se l'organismo vizioso dell'offeso ha aggravata questa malattia le percosse le diedero causa; che anzi pare esservi maggior colpa in colui che commette delle violenze su di una persona che non ha forza a sopportarle. Sarebbe però tutt'altra cosa se la malattia nata dopo del fatto sia deri-

(1) Decis. Cass. 14 dicemb. 1820; Dalloz, t. 28, p. 269; Sirey, 1821, 1, 261.

(2) Decis. Cass. 28 dicemb. 1827, 19 sett. 1828; Sirey, 1828, 1, 192 e 368.

(3) Decis. Cass. 18 sett. 1828; Sirey, 1828, 1, 367.

vata da una causa estranea, come ad esempio dalla disaccortezza del chirurgo, dalla imprudenza della vittima, o da qualunque altro accidente che non sia la conseguenza, il risul-tamento delle percosse; dappoichè, non si possono imputare all'autore di un fatto se non le conseguenze che egli abbia potuto prevedere, e sentirebbe di assurdità il dichiararlo rispon-sabile di accidenti che derivano da un fatto che gli è estraneo. Qui non facciamo che cen-nare questa distinzione sulla quale ritorne-remo trattando delle ferite che hanno cagio-nata la morte.

La legge non parla della natura dell'incapa-cità del lavoro prodotta dalle percosse o ferite; essa indica soltanto che trattasi d'un lavoro *personale*: ma quale è il significato di que-ste parole? Un solo autore si è occupato di questa interpretazione. A suo avviso, quelle parole indicano il *lavoro abituale* della perso-na offesa dalle ferite o percosse (1). Questa in-terpretazione fu attinta da una Decisione della Corte di cassazione che giova mettere a di-samina. Dai fatti della causa risultava che il querelante, dopo il ventesimo giorno fu nello stato non già di ripigliare i suoi lavori manua-li ma di sorvegliare gli operai. Non per tan-to, il tribunale correzionale si dichiarò incom-petente pel motivo che questa sorveglianza non era mica il lavoro personale del querelante; la Corte di cassazione confermò questa Deci-sione, considerando: « che vi è incapacità al lavoro personale quante volte l'individuo infer-mo, non può senza commettere un'imprudenza darsi ai suoi usuali lavori; che il lavoro usuale di un giardiniere, come il querelante, è un lavoro di sue mani nei giardini: che la semplice sorveglianza su gli operai senza prender parte nei loro lavori non risponde alla idea di un lavoro personale di un uomo di quella condizione, imperochè questa sorve-glianza puramente passiva può esser esercitata da qualunque individuo capace ad esporsi al contatto dell'aria (2).

Osserviamo da prima che nella sua sostan-za questa Decisione è molto esatta, poichè la Corte di Cassazione giudica in fatto che il sorvegliare gli operai non è il lavoro di cui ha inteso parlare la legge, epperò era bastevole

dichiararsi che la parte offesa nel ventesimo giorno non avea potuto darsi ad *alcun lavoro*, ed era vano aggiungere che l'incapacità al la-voro personale non era altro che l'incapacità *al lavoro abituale*. A nostro avviso, soltanto quest'assertiva non è esatta.

E per fermo, se l'incapacità al lavoro non s'intendesse che del lavoro abituale si giunge-rebbe alle più bizzarre conseguenze; la gra-vezza dei reati dipenderebbe non più dalla organizzazione dei corpi ma dalla natura del mestiere dell'offeso. L'uomo di lettere cui fos-se stata rotta una gamba, ma che innanzi il ventesimo giorno avesse potuto sul letto ripi-gliare i suoi studi usuali, non sarebbe mai nella incapacità al lavoro preveduto dalla legge. Nel caso dell'*arresto* per noi qui riportato, la Decisione, secondo i suoi stessi principi, avreb-be dovuto essere altra se il querelante, in luo-go di essere un servo, fosse stato un padrone giardiniere, perchè allora la sorveglianza su gli operai avrebbe potuto essere riguardata come lavoro di sua professione. L'azione dun-que attingerebbe i suoi caratteri non già nella sua intrinseca gravezza ma in una circo-stanza estranea all'agente e forse da lui igno-rata; essa verrebbe caratterizzata dalla con-dizione sociale della vittima, dalle sue abitu-dini, dal suo genere di vita; non sarebbe più nè la moralità del fatto, nè lo stesso fatto ma-teriale che servirebbe di base alla pena, ma un fatto accidentale preso fuori l'azione e ad essa perfettamente estraneo. Queste conse-guenze non possono esser ammesse, e questa verità fu riconosciuta dalla stessa Corte di Cassazione la quale in un *arresto* ha dichiara-to: « che l'articolo 309 non distingue i diver-si generi di lavori che un individuo potrà eser-citare, in modo da escludere l'applicazione di questo articolo in caso che le percosse e le ferite non avessero occasionato che l'incapa-cità di darsi a certe occupazioni.

Per la incapacità al *lavoro personale*, nel senso dell'articolo 309, non debbe essere in-tesa che la incapacità al lavoro *corporale* dell'offeso. È questo il significato naturale della espressione della legge, e solamente in questo senso può essere applicata, poichè solo questa incapacità corporale può essere valuta-ta dal giudice, solo questa può essere apposta come conseguenza immediata e diretta delle percosse e ferite. Da ciò ne conseguita che la incapacità debba estendersi a tutti i lavori della stessa natura, dappoichè la incapacità re-

(1) Renter. Trattato del diritto criminale, n. 57; ediz. della Soc. Tip.

(2) Decis. Cass. 21 marzo 1834. Sirey, 1 34, 1, 381.

lativa ad un solo di questi lavori non sarebbe una sufficiente misura della gravità delle ferite se l'offeso potesse nello stesso tempo attendere ad altre occupazioni; uopo è che la incapacità sia completa altrimenti cessa di essere una norma generale di aggravazione; dappoiché se andasse limitata al lavoro abituale dell'offeso, essendo questo lavoro diverso secondo le diverse abitudini e mestieri, la qualificazione del fatto dipenderebbe tutto da questi casuali accidenti.

Questa interpretazione va poggiata sul vero spirito della legge; ed in questo senso l'articolo 21 del titolo 2 codice penale del 1791 avea inteso la circostanza aggravante della incapacità al lavoro; in vero, questa circostanza avea vita solamente « quando dagli attestati legali degli uomini dell'arte fosse riferito che l'offeso per effetto delle ferite erasi renduto inabile per più di quaranta giorni ad attendere ad un lavoro corporale » ora da nessuna parola delle discussioni del codice del 1810 s'intravede che questo codice abbia voluto modificare questa specie d'incapacità. Il Relatore del Corpo legislativo cita le disposizioni del codice del 1791 ed aggiunge: « che la gravità del reato debbe da prima esser determinata dagli effetti o dalla intensità delle ferite o dai risultamenti delle violenze, e che questa intensità può solo misurarsi sul numero dei giorni che l'offeso ha passati in malattia o impossibilità di attendere ad un lavoro corporale ». Non trattavasi dunque che di lavoro corporale, perciò la incapacità debb'essere assoluta. Il legislatore stesso ha fermato questo principio nella sua esposizione dei motivi: « Passiamo ora, dicea l'oratore del governo, allo esame degli attentati che non hanno il carattere dell'omicidio ma che presentano degli atti di violenza cui la legge ha dovuto severamente reprimere. » Così, si sono date delle percosse, si sono recate delle ferite, la persona percossa o ferita è andata soggetta ad una malattia o si è trovata nella incapacità assoluta d'intendere ad alcun lavoro personale: l'oratore del Corpo legislativo ripeté esser necessario che l'infermo sia nella impotenza di attendere ad alcun lavoro corporale; il senso dell'articolo 309 trovavasi dunque riferito secondo questa idea.

Inoltre, la stessa Corte di Cassazione ha sanzionato questo avviso. Un tribunale correzionale avea dichiarato che il querelante, per effetto della ferita ricevuta, non avesse potuto

usare del suo braccio sinistro per più di venti giorni; che perciò la incapacità al lavoro avea oltrepassato il termine fissato dall'articolo 309. La Corte di Cassazione ha riformata questa decisione a motivo che: « dal essersi dichiarato che il querelante non potea far più uso del suo braccio sinistro non ne veniva, come necessaria conseguenza, che egli si fosse trovato per più di venti giorni inabile a qualunque lavoro personale (1). » Da questa decisione si vede che l'aggravazione della pena poggia sulla completa incapacità di un lavoro personale qualunque, noi aggiungeremo che questa Decisione non fu positivamente contraddetta da nessun'altra della stessa Corte.

Da ciò due corollari: il primo, che non abbisogna di dimostrazione, si è che le cicatrici rimaste dopo spirati i venti giorni non sono sufficienti per motivare l'aggravamento della pena. Questa dottrina fu proclamata dalla Corte di Cassazione in un arresto ove si legge: « che il Giuri non avea mica dichiarato che le sevizie e i maltrattamenti avessero prodotta una malattia o incapacità di lavoro per più di venti giorni, ma soltanto che ci volean più di venti giorni per isparire le cicatrici delle dette sevizie o maltrattamenti! che queste cicatrici potevano durare più o meno della malattia o incapacità al lavoro; che perciò la durata di queste cicatrici non potea servir di misura per la durata della malattia o incapacità al lavoro (3) »;

Il secondo corollario, proclamato dalla Decisione dei 14 dicembre 1820 innanzi riportato, si è che la grave mutilazione di qualche parte del corpo, ed anche la perdita di un organo non sarebbe mica una causa di aggravazione, se questa mutilazione non fosse accompagnata da una incapacità di lavoro personale per più di venti giorni, perchè questa incapacità è la sola base della gradazione della pena. La mutilazione non è per se stessa una circostanza aggravante purchè non produca la incapacità al lavoro; se non mena a questi effetti può aumentare la intensità del reato ma non cangiare i suoi caratteri; nel cominciamento di questo paragrafo noi abbiamo notate le funeste conseguenze di questa lacuna della legge (3).

Questo principio però patisce due eccezioni:

(1) Decis. cass. 14 dicemb. 1850. Daltz, t. 88, p. 269, Sirey, 1851, 1, 308.

(2) Decis. cass. 17 Dic. 1819.

(3) Vedi pagina 143.

la prima ha per obbietto le mutilazioni che i coscritti commettono in persona propria nel fine di rendersi inabili al servizio militare. Questo fatto, che nel nostro antico diritto era punito con la galera, è preveduto dall'articolo 41 della legge dei 21 marzo 1832. Questo articolo punisce con un mese ad un anno di prigionia i coscritti che siensi resi inabili al servizio militare sia temporaneamente sia per sempre per sottrarsi agli obblighi imposti dalla legge sul reclutamento (a). La mutilazione si trova dunque punita indipendentemente dalla incapacità al lavoro che può produrre. Non di meno se questa incapacità dura più di venti giorni va sotto la sanzione dell'articolo 309: questa è la conseguenza a trarsi da queste ultime parole dell'art. 21: *senza pregiudizio delle pene più gravi nei casi preveduti dal codice Penale*.

Le stesse pene sono pronunziate contro i complici di questa mutilazione; ma se questi complici sono dei medici, chirurghi, ufficiali di sanità o farmacisti, la durata della prigionia può elevarsi a due anni indipendentemente da un'ammenda di 200 a 1000 franchi (Leg. dei 21 marzo 1832, art. 21). Questa disposizione addizionale fu proposta nella discussione di questa legge dal sig. Favard: « Per regola generale, dice questo savio magistrato, il complice dee avere la stessa pena dell'autor principale. Pure non dee smenticarsi che colui il quale abbia abusato della sua scienza debb'esser punito con maggiore severità. Io propongo di ricordare in questa legge la teoria della complicità per avere il campo di fare una eccezione relativa alla complicità dei medici o chirurghi che avessero contribuito a rendere un coscritto inabile al servizio. » Il guardasigilli, adottando questo emendamento, ha insistito che colla prigionia si cumulasse un'ammenda perchè, diceva egli, quasi sempre un motivo di lucro è quello che spinge ad atti di tale natura.

La seconda eccezione sta nell'articolo 316 del codice (364 ll. p.) che punisce il misfatto di castratura. Questa mutilazione è imputata indipendentemente dalle sue conseguenze ed alla

gravezza della malattia che può derivarne.

Anche la legge Romana puniva questo reato che sotto il Basso — Impero era diventato mezzo di orribile speculazione. Gli eunuchi si vendevano a caro prezzo e l'avarizia li moltiplicava. La legge 4 Dig. ad leg. corn. de sicariis avea già proibito questo infame commercio: *Nemo liberum servumve incitum sinentem castrare debet: neque quis se sponte castrandum. praebere debet*. La legge 1. del codice de Eunuchis rinnova queste disposizioni: *Si quis post hanc sanctionem in orbe romano eunuchos fecerit capite puniatur*. Il commercio degli eunuchi è proibito: i notai che stipulassero tali contratti sono dichiarati colpevoli, i beni dei complici sono confiscati. Ma queste disposizioni e queste pene non si applicavano che agli Eunuchi dell'Impero, in orbe romano, il commercio degli eunuchi barbari era autorizzato: *barbarae gentis eunuchos extra loca nostro imperio subiecta factos, cunctis negotiatoribus vel quibuscumque aliis emendi in commerciis et vendendi ubi voluerint tribuimus facultatem* (1).

Quantunque questo commercio non più si esercitasse nelle nostre contrade occidentali, la giurisprudenza manteneva la pena comminata dagli Imperatori Romani (2). Giulio Claro ne assegna il motivo: *Membra generationis sunt membra quae habent proprias et distinctas operationes, imo dicuntur esse membra nobilia ea per quae servatur species humana; et ideo mutilans illa debet puniri tamquam inimicus naturae* (3). Lousse non fa che copiare il diritto Romano quando dice: Quelli che da sé mutilano le loro parti necessarie alla generazione sono punibili con la morte. I chirurghi o altri che mutilano gli altri per fare degli eunuchi debbon esser puniti con la morte (4).

La castratura non può esser riguardata che come omicidio volontario, essa dunque non va soggetta a pena se non quando si opera in persona altrui, ed allora, qualunque ne sieno i motivi o la vendetta, o la gelosia, o la speculazione la pena è la stessa. Questa è la dottrina che si raccoglie nella esposizione dei

(a) Nelle Leggi Penali delle due Sicilie questo atto è preveduto dal decreto dei 9 settembre 1825 così concepito: « ogni individuo soggetto alla leva, che prima o dopo il sorteggio siasi per fatto proprio reso inabile a servire per mezzo di mutilazione, o coll' applicazione di caustici, o facendosi strappare i denti o procurandosi delle infermità, o in qualunque altro modo sarà punito col *minimum* del 3. grado di prigionia. (Edit. Nap.)

(1) L. 2, Cod. de eunuchis.

(2) Menochio, cas. 570, num. 1, Farinacio quist. 20, num. 155; quist. 128, n. 32; Damodreio pratica crim. cap. 88. l. 11, p. 2602.

(3) Giulio Claro, quet. 98, n. 7.

(4) Lousse, t. 3, p. 834.

motivi del codice: « come, dicea l'oratore del corpo legislativo, parlar di questa mutilazione la quale, quando anche non tolga la vita toglie i mezzi di trasmetterla? come passarla sotto silenzio trattando degli attentati che possono esser diretti contro le persone? Se da questo misfatto siegue la morte sarà applicabile la pena capitale; in tutti gli altri casi, i lavori perpetui. Il legislatore non ha il debito di prendere in considerazione i motivi che hanno spinto il colpevole; la sua crudeltà non è forse la stessa sia che fosse stata eccitata dalla gelosia, provocata dalla vendetta, sia che fosse ispirata dal solo desiderio di servire agli incanti della melodia nei nostri templi e teatri? »

L'articolo 316 (364) è così concepito: « chiunque sia colpevole del misfatto di castratura sarà condannato alla pena dei lavori forzati perpetui (1° grado dei ferri per le ll. p.). Se ne sia seguita la morte pria del termine di quaranta giorni il colpevole soggiacerà alla pena di morte. Questa distinzione non trovavasi nel codice del 1791, esso portava soltanto: » il misfatto di castratura sarà punito di morte.

La Corte di Cassazione ha definito questo misfatto. Ai termini di una Decisione questo reato « commettesse per la imputazione di un organo qualunque necessario alla generazione (1). » Dalla generalità di queste espressioni ne conseguita che in questo reato uopo sia considerare due requisiti: lo scopo diretto che il colpevole si propone di raggiungere, cioè la distruzione della facoltà procreatrice, ed il risultamento materiale delle ferite, cioè, la privazione di un organo qualunque necessario alla generazione. Il concorso di questi due elementi costituisce il misfatto di castratura. La durata della malattia o incapacità al lavoro cagionata dalle ferite non cangia nè il carattere del fatto nè la natura delle pene. La morte sopravvenuta pria del termine di quaranta giorni è però motivo di un'aggravazione di pena, ed in questo caso è pronunziata la pena di morte, quantunque il misfatto di castratura non meriti questa pena ed il fatto abbia i caratteri di semplice omicidio volontario come risulta dai termini dell'articolo 325. In altro capitolo vedremo che il misfatto di castratura può esser scusabile se sia stato immediatamente provocato da un violento oltraggio al pudore.

Il terzo elemento dell'aggravazione è la durata della incapacità; questa durata, ai termini dell'articolo 309, debb'essere di più di venti giorni. In questo intervallo di tempo van compresi e il giorno in cui fu commessa la violenza e quello che chiude il termine. Ma non sarebbe sufficiente che la incapacità al lavoro fosse durata precisamente venti giorni; la legge esige più di venti giorni, per conseguenza almeno giorni ventuno (2).

D'ordinario, questa durata si prova con le relazioni dei medici, ma il giudice deve giudicare da sé i fatti e valutare quelle relazioni; giacchè egli non delega ai periti che una parte de' suoi poteri riserbandosi il diritto di vagliare i motivi del loro avviso. Su quale base valutare la durata della malattia se l'infermo, per un fortuito accidente, sia morto pria del termine dei venti giorni? in questo caso uopo è pigliare a guida la natura delle ferite e le crisi probabili di loro guarigione, risolvendo però il dubbio a favore dell'imputato (3).

La quarta classe delle violenze si compone delle percosse o ferite che abbian cagionata la morte.

La Corte di Cassazione avea con molti arresti deciso « stare nel vero spirito della legge che chi ha volontariamente recato delle ferite o date delle percosse rendesi colpevole delle conseguenze che ne possono derivare, sicchè, se queste percosse o ferite cagionano la morte esse costituiscono il misfatto di omicidio (4). » A noi pare che questa giurisprudenza, anche pria che fosse rettificata il codice, trascendesse i suoi termini; dappoichè, la intenzione che si ha di nuocere in dar delle percosse, in far delle ferite non porta seco necessariamente la volontà di dar la morte, volontà che è l'elemento costitutivo dell'omicidio volontario. Per metter fine ad una sì rigida giurisprudenza, e in pari tempo per appianare una lacuna che presentavano i termini restrittivi dell'articolo 309, il legislatore ha aggiunto a questo articolo un secondo paragrafo così concepito: « Se le percosse o

(2) Decis. Cass. 9 luglio 1812. Sirey, 1833, t. 1. p. 66. Dalloz, 28, 269.

(3) Bruss. 17 marzo 1813, giorn. di Brus. 1813, 1, 193; Dalloz, 28, 28, 270.

(4) Decis. cass. 14 feb. 1812; 2 luglio 1819; 6 marzo e 9 ottob. 1823; 28 aprile 1826; 26 gen. 1827; 13 marzo e 29 dicem. 1828; 16 luglio 1829. Dalloz, 28, 245; Sirey, 19, 374.

(1) Decis. del 7. sett. 1814, rap. dal Bourguignon, t. 3, p. 290.

ferite date volontariamente, ma senza intenzione di uccidere, abbian cagionata la morte, il colpevole sarà punito coi lavori forzati a tempo » (a).

La esposizione de' motivi della legge dei 28 aprile 1832, giustificava tale addizione in questi termini: « Delle ferite fatte senza intenzione di uccidere, ma che abbian però cagionata la morte, sono punite come l'omicidio volontario o l'assassinio: questa severità derivante più dalla giurisprudenza che da un testo preciso di legge ha non poche volte messo il Giurì in una penosa alternativa. Colui che non ha voluto uccidere, quantunque colpevole di ferite che abbian prodotta la morte, non può essere peggiorato a quello che ha colpito, con premeditazione o senza, ma colla volontà di uccidere. Il progetto però non esonerava interamente dalle conseguenze di una ferita o percossa il loro autore. Quantunque queste violenze non fossero dirette contro la vita, pure se la vittima vi soccombette, il colpevole sarà condannato ai lavori forzati a tempo (1). »

L'applicazione di questa pena è dunque subordinata alla condizione che la morte sia stata causata da queste violenze: questo rapporto di causa è quello che attesta la gravità delle violenze mercè i loro risulti. Ma il valutare quale influenza abbian avuto queste violenze su la morte sopravvenuta, dà luogo a gravi difficoltà. Noi crediamo cosa giovevole ricordare qualche principio stabilito da' nostri antichi criminalisti. Essi ponevano tre ipotesi distinte.

Quando fosse provato che la ferita era mortale, l'autore di essa era responsabile della morte, ancorchè non fosse avvenuta che qualche tempo dopo le ferite, né fossero stati chiamati opportunamente i soccorsi dell'arte. *Quando constat vulnus fuisse mortale, morte sequi, vulnerans de occiso tenetur, quia ex vulnere praesumitur decessisse, etiam ex intervallo, etiam non adhibito medico* (2).

Per contrario, quando fosse provato che la ferita non era mortale, la morte che ne fosse seguita presumevasi non esser cagionata

da queste ferite. Allora presumevasi che la morte avesse per causale qualche fallo, qualche negligenza commessa nella medela della ferita. *Quando constat vulnus non fuisse mortale, et etiam constat de aliqua culpa aut negligentia adhibita in curando vulneratum, et sic vulnerans non de occiso sed de vulnere tenetur* (3).

Da ultimo, quando la natura e gli effetti della ferita non fossero conoscinti, quando vi fossero dubbi intorno a ciò si esaminavano le cure e le medele usate verso l'infermo; se non si ravvisasse alcun segno di negligenza sia da parte del medico, sia da parte dell'infermo la morte era imputata all'autore della violenza; per contrario, se si scorgessero segni d'imprudenza o di cattivo regime sanitario, il colpevole era responsabile della ferita e non della morte (4).

Queste sagge distinzioni possono esser tuttora invocate; esse rifermano la regola tracciata dalla legge in dichiarare le necessità di un rapporto tra la ferita e la morte; or, questi rapporti mancano quando la ferita non sia di natura a produrne la morte, quando siasi a un tratto sviluppata una malattia che non può dirsi aver sua causa dalla ferita, quando, da ultimo, può imputarsi all'infermo qualche trasgressione delle regole igieniche impostegli, o al medico qualche fallo nel suo metodo curativo. L'autore della violenza può allora invocare quelle regole del diritto Romano: *Si vulneratus fuerit servus, non mortifere, negligentia autem perierit, de vulnerato actio erit non de occiso* (5). Ed in vero, come dichiararlo responsabile di un fatto che non è mica conseguenza diretta della sua azione? A lui non ponno imputarsi che le ferite e loro conseguenze; gli accidenti sopravvenuti dopo, e per effetto d'una causa estranea, sono a lui estranei. Dovrebbe però dare altra sentenza se le ferite non avessero

(3) Farinacio, *ibid.*, n. 13 a 18; Giulio Claro, *homicid.* n. 4.

(4) Giulio Claro, *ibid.* n. 4a; Farinacio *ibid.* n. 20.

(5) l. 30, § 4, Dig. ad leg. aquilam; Damoderio, *pratica criminale*, p. 19a, cap. 77, n. 19 stabilisce tale massima in questi termini: *Letaliter vulneratus et moriens vel sua negligentia, malo regime, concubitu conereo, larga potatione, malo custodia, medicorum vel chirurgicorum inobedientia, noxio cibo aut potu, sui ipsius homicida est et vulneratorem ab homicidii crimine liberat.*

(a) Disposizione preveduta dagli articoli 362 e 363 che saranno commentati nell'appendice (*Edis. Nap.*).

(1) Cod. Pen. progressivo. p. 28a.

(2) Farinacio, *quest.* 127, n. 10, 11 e 12; Giulio Claro, *homicidum*, n. 4a.

fatto che accelerare la morte di una persona ancorchè già inferma, o se la malattia accidentalmente sopravvenuta abbia sua causa nella ferita: dappoichè, quantunque in entrambi i casi la morte non abbia avuto per sola cagione la violenza, ma sia stata in parte determinata dalla costituzione fisica dell'infermo, pure ebbe occasione da quelle, quindi le conseguenze di esse debbon gravitare sul loro autore.

Del rimanente, tutte le presunzioni che noi abbiain ricordate, tutte le distinzioni che sceverano le diverse classi di ferite poggiano sullo studio di fatti, e questo studio spetta alla scienza medica. Siegue forse da ciò, come pretende il Farinacio, che l'opinione dei medici debba necessariamente imporre su quella dei giudici intorno la causa della morte, a motivo che tale quistione è dell'arte medica? *Judez debet amplecti testimonium medicorum, quia sciunt et possunt vere testificari, et praesumuntur verum dicere* (1). Noi opiniamo che questa massima non debba essere seguita a rigore; i periti (e in questo caso i medici sono dei periti) adempiono non v'ha dubbio una missione della giustizia, fanno le veci del giudice cui recano le nozioni e le conoscenze speciali che gli mancano. Ma le loro osservazioni non sono mica sentenze, non hanno che il valore di una testimonianza; spetta ai giudici metterle ad esame. Il vero principio che debbesi stabilire in questa materia, dice Jousse, si è che non si debbe stare assolutamente al rapporto dei medici e chirurgi... Il partito più sicuro si è di commetter questa disamina all'arbitrio del giudice, il quale dalla qualità e dimensione della ferita confrontata colla relazione dei periti e col modo onde questa relazione è fatta, dal tempo che l'offeso ha sopravvissuto alla ferita, dal metodo curativo con che è stato governata la sua malattia, dal regime del suo vitto, debbe decidere se l'offeso sia morto per la ferita o per altra cagione (2). Uno dei vizi del sistema del codice Penale in tale soggetto si è, come abbiain detto, di aver subordinata la natura del reato agli effetti delle percosse e ferite e quindi alla valutazione degli uomini dell'arte; la pratica debbe ingegnarsi a reagire contro tale conseguenza, non intraveduta dal legislatore, la quale

avrebbe per effetto di sostituire, in tale materia, alle norme legali le opinioni talvolta parziali spesso erronee degli uomini dell'arte.

Qui si eleva una quistione di grave interesse. La legge non ha determinato il periodo di tempo entro il quale la ferita debba esser seguita dalla morte perchè questa si reputi risultamento di quella. Debbesi forse dedurre da tal silenzio che in qualunque tempo avvenga la morte sia da applicarsi necessariamente la pena de' lavori forzati? A noi pare che non possa adottarsi questa opinione, onde ne seguiterebbe di doversi sospendere il giudizio per un tempo indeterminato. Gli antichi giureconsulti avean stabilito per massima che la morte non poteva esser più imputata all'autore delle ferite, se fosse avvenuta dopo il termine di quaranta giorni. *Si obit vulneratus intra quadraginta dies post illatum vulnus, praesumitur in vulnere decessisse, secus si moriatur post quadraginta dies* (3). Questa distinzione era stata adottata dalla nostra antica giurisprudenza, come afferma Jousse: Se l'offeso dopo la ferita sia stato sempre in pericolo e sia morto poco tempo dopo, reputasi morto per le ferite, e in conseguenza l'accusato si riguarda colpevole della morte. Questo periodo di tempo ordinariamente è di 40 giorni, giusta la opinione più ricevuta, poichè, a giudizio de' medici, una persona ferita mortalmente non può vivere più di quaranta giorni dopo avuta la ferita. Se il ferito non muore che dopo il quarantesimo giorno l'accusato non potrà esser punito come omicida, ma solamente a ragion della ferita (4).

Questo principio generale è stato adottato dal Codice Penale nel suo articolo 231 (177), relativo alle ferite commesse in persona dei funzionari, onde fu stabilito un termine di quaranta giorni oltre il quale l'accusato non è più responsabile della morte del ferito, quando anche si provasse che questa sia la conseguenza e l'effetto delle violenze (5). Or, l'articolo 231 e l'articolo 309 preveggono lo stesso fatto, la stessa specie; la qualità dell'offeso non cangia la natura dell'azione; questa non è semplice analogia ma una ipo-

(1) Farinacio, quest. 127, n. 50, 102 ec.

(2) Trat. dello materie criminali, t. 3, p. 436.

CHAUVEAU TOMO III.

(3) Farinacio quest. 127, n. 46; Giulio Claro, §. homicidium, n. 44; Mornac, ad leg. 51, Dig. ad leg. aquilian: D' Argentrè su l'articolo 575 della costumanza di Bretagna.

(4) Trattato delle materie crimiu. t. 3, p. 497.

(5) Vedi tom. n. p. 359.

tesi identica. Non vi può essere ragione alcuna per applicar la regola in quel caso e rigettarla in questo. D' altra banda, quest' applicazione è reclamata da potentissimi motivi: se questo termine di quaranta giorni garantisce l' accusato dall' aggravazione della pena n' è motivo che esso eleva dei dubbi sulla causa della morte, rende impossibile lo scoprimento del nesso tra la ferita e la morte, costituisce una presunzione favorevole all' imputato. Togliete di mezzo questo termine e voi non ne trovate altro nella legge; può darsi che le percosse e le ferite non producano la morte che dopo sei mesi, dopo un anno. Sarà dunque mestieri che l' autore della ferita rimanga per un tempo indefinito col peso di una responsabilità terribile, col timore di una pena che va subordinata ad un avvenimento incerto? Sarà mestieri tenerlo per tutto il corso della malattia, per quanto lunga possa essere, nella incertezza della pena da applicarglisi? o se il giudizio si compie innanzi il termine di questa malattia, dovrà forse la natura della pena dipendere dalla maggiore o minore celerità della procedura, dalla sollecitudine o lentezza della istruzione? Il solo mezzo per schivare queste strane conseguenze, contrarie allo spirito della legge penale, si è di estendere all' articolo 309 la regola stabilita dall' articolo 231 (a).

Il misfatto o delitto che risulta dalle percosse o ferite si aggrava: 1° quando sien commesse con premeditazione o appostamento. 2. quando sien commesse in persona dei genitori o ascendenti legittimi.

L' articolo 311 (357 e 361 Il. p.) che prevede e punisce le percosse e ferite che non abbian cagionata una incapacità al lavoro per più di venti giorni, aggiunge: Se vi sia stata premeditazione o appostamento, la prigionia sarà di due a cinque anni, e l' ammenda di 50 a 500 franc. L' articolo 310, il quale si rapporta all' articolo 309, cioè ai due casi in cui le ferite sien state seguite da una incapacità di lavoro per più di venti giorni o dalla morte, è così conceputo: Se vi sia stata premeditazione o appostamento, in caso di morte si applicherà la pena dei lavori forzati perpetui, e se non sia avvenuta la morte quella dei lavori forzati a tempo. » Così, in

ciascuna di queste tre ipotesi il concorso della premeditazione eleva la pena di un grado.

Allorché discutevasi il progetto del Codice Penale, uno dei membri del consiglio di Stato propose di assimilare all' assassinio l' appostamento armato onde fossero derivate soltanto dalle ferite. Il Sig. Berlier rispose: esser mestieri ricordarsi che, secondo le disposizioni già adottate, un bastone adoperato a percuotere reputasi arma; or, l' azione di chi armato di bastone attende il suo nemico in un angolo di strada per percuoterlo è senza dubbio criminosa ma non quanto l' agguato di chi ha in mira di uccidere, e comechè entrambi i casi vanno accompagnati da appostamento pure non potrebbero senza ingiustizia esser puniti con la stessa pena. La distinzione tra l' omicidio volontario e la ferita può dunque applicarsi anche all' agguato (1). »

Da ciò ne conseguita che sia cosa molto necessaria ben distinguere la premeditazione dal disegno di uccidere: la premeditazione, per noi definita nel capitolo precedente, aggrava la pena applicabile al misfatto o delitto delle ferite, ma non cangia mica la natura di questo misfatto o delitto; per contrario, il disegno di uccidere lo trasforma in tentativo di omicidio volontario o assassinio.

L' articolo 312 è così conceputo: Nei casi preveduti dagli articoli 309, 310 e 311, se il colpevole ha commesso il misfatto in persona del padre o madre legittimi, naturali, o adottivi, o altri ascendenti legittimi, sarà punito come segue: se l' articolo, onde è preveduto il reato commesso, pronuncia la prigionia o l' ammenda il colpevole soggiacerà alla reclusione, se l' articolo pronuncia la reclusione si applicherà la pena dei lavori forzati a tempo; se l' articolo pronuncia la pena dei lavori forzati a tempo sarà applicata quella dei lavori forzati perpetui (2). »

Primamente debbe osservarsi su questo ar-

(1) Processi — verbali del Consiglio di Stato — Sessione degli 8 nov. 1808.

(2) Le percosse date al padre, alla madre o altro ascendente legittimo, non sono mai scusabili quantunque ci sia stata provocazione. Brus. cass. 16 maggio 1815 e 28 Sett. 1822. Giorn. di Bruxelles 1815, 1, 196, e 1822, 2, 40. Dalloz, t. 14, p. 307, n. 5, e Rauter, n. 464 confutano queste Decisioni confessando però che la legge presenta qui una lacuna. — Nelle leggi penali di Napoli questa lacuna è appianata dall' articolo 336. V. appendice.

(a) Tanto han fatto le leggi penali di Napoli con gli art. 362 e 363. Vedi appendice in fine del capitolo.

titolo che i suoi termini sono limitativi, esso non si applica che alle violenze commesse dai discendenti in persona degli ascendenti. Epperò, quelle che fossero commesse dai padri e dalle madri sui loro figli, dal marito su la moglie non andrebbero comprese in questi termini.

Da questo silenzio erasi arguito che queste violenze non fossero state prevedute dalla legge. Si pensava che la natura e la legge conferendo ai mariti la potestà conjugale, ai padri ed alle madri il diritto di correzione, impedissero che le violenze, da loro commesse su le mogli e i figli, costituissero reato. Sotto l'antico diritto la giurisprudenza faceva una distinzione: tollerava le violenze leggere, puniva le gravi: *verberare possunt, modo non excedant castigationis terminos, alioquin de excessu puniuntur* (1). In conseguenza, il figlio non poteva far querela in giudizio che per le più gravi percosse. *In patre verberanti filium, filius injuriarum actione agere non potest, (si injuria atrocior sit) cum non animo imperandi sed corrigendi* (2). A noi pare che debba tuttora farsi questa distinzione rispetto i padri, le madri e le persone che hanno autorità su i fanciulli. I genitori, i maestri, i tutori non potrebbero essere tradotti in giudizio pei castighi inflitti ai fanciulli purchè non eccedessero i limiti della moderazione cangiandosi in maltrattamenti (3). Nè questa è una eccezione alle regole per noi sopra stabilite, poichè le percosse, date con moderazione e con lo scopo di correggere, non farebbero mica supporre la volontà criminosa che è uno degli elementi del reato. La Corte di Cassazione ha consacrata questa distinzione dichiarando: « che se la natura e le leggi civili danno ai padri un' autorità di correzione su i loro figli non gli garantiscono però il diritto di commettere su di essi delle violenze o maltrattamenti che mettano in pericolo la loro vita o la loro salute; che non potrebbesi ammettere

questo diritto specialmente trattandosi di fanciulli, i quali nella debolezza della prima età non possono giammai rendersi colpevoli di gravi falli, che la qualità di madre non poteva dunque, in quello stato di cose, garantire l'accusato dalle disposizioni della legge penale (4) ».

Non può però ammettersi la stessa distinzione nelle violenze commesse da un conjuge in persona dell'altro. L'azione pubblica non può che con estrema riservatezza spiegarsi innanzi i Trib. contro violenze di tale natura, dappoichè simili procedimenti non tendono che a mettere ostacoli al rappacciamento dei conjugi; è chiaro però che simili violenze van comprese come tutte le altre nelle disposizioni generali del Codice penale, nè vediamo motivo alcuno per introdurre una distinzione dalla legge non preveduta. Tale è l'avviso che la Corte di Cassazione ha consacrato in un arresto ove si legge: « che le disposizioni dell' articolo 133 (157 § 2) sono generali, che esse non fanno alcuna eccezione relativa alle persone, che se la giustizia non debbe interporre la sua autorità fra i conjugi che con estrema riservatezza, spetta ai Tribunali valutare, dietro i fatti verificati, la maggiore o minor gravità delle vie di fatto commesse dal marito in persona della moglie; e che qualunque sia la condizione dei conjugi, le ferite o le percosse date dal marito alla moglie, specialmente se vi sia premeditazione, vanno punite con l'applicazione di detto articolo (5) ».

L'eccezione stabilita dall'articolo 312 (357 § 2 e 361 § 2) non riflette dunque che i figli i quali abbiano messe le mani addosso al padre o madre legittimi, naturali o adottivi, o altri ascendenti legittimi. Questa differenza, dicea il Sig. Faure nella esposizione dei motivi, deriva dallo stesso principio onde venne la disposizione relativa al parricidio ».

Il Sig. Monseignat, nel suo rapporto al corpo legislativo aggiungeva. « Colpevoli contro la natura e la legge i figli ingrati soggiaceranno alla pena immediatamente superiore a quella che avrebbero incorsa senza questa doppia offesa. Guai a chi non trovasse nel suo cuore i motivi di questa pia disposizione ».

(1) Menopha, caso 364, n. 17.

(2) Farinacio, quist. 105 n. 158.

(3) L'eccesso o l'abuso dell'esercizio del diritto di correzione da parte di quelli che hanno questo potere, può dar luogo all'applicazione delle disposizioni del Codice Penale riguardanti le percosse e le ferite volontarie. Bruss. 6 Marzo 1830 giorn. di Bruss. 1830 1, 358 Merlin, *Rep.* 6, 458; Dalloz, 23, 258.

(4) Decis. Cass. 17 Dic. 1819. Dalloz, 23, 158; Sirey, 1820, t. 1, p. 143.

(5) Decis. Cass. 2 feb. 1827, Sirey 1828, t. 1.

L'articolo 312 (357 § 2 e 361 § 2) per la definizione della violenza che punisce rapportasi agli articoli 309, 310 e 311 (356 e 361 § 1). Da ciò ne conseguiva che queste violenze non possono esser imputate che quando, ai termini di questo articolo, costituiscono un misfatto o delitto; così le vie di fatto e i maltrattamenti non accompagnati nè da percosse nè da ferite non costituirebbero reato quando anche fossero stati commessi in persona del padre, della madre o ascendenti del colpevole. Questa dottrina fu proclamata dalla Corte di Cassazione con un *arresto* in cui leggesi: che secondo i loro chiari e precisi testi, gli articoli 309, 310 e 311 (356 e 361 § 1) non si applicano ad ogni specie di maltrattamenti commessi verso le persone; che l'articolo 312 (357 § 2 e 361 § 2) riportandosi ai casi preveduti da quelli tre articoli, non può essere applicato che a quelli i quali avessero date delle ferite o percosse al padre, alla madre o altri ascendenti legittimi; che nel caso in esame il Giuri dichiarò l'imputato colpevole soltanto di maltrattamenti contro suo padre, che perciò questa dichiarazione di colpeabilità non portava ai casi preveduti dagli articoli 311 e 312 (356 e 361) (1) ».

Il secondo paragrafo dell'articolo 315 si rapporta alla ipotesi preveduta dall'articolo 311, ed in luogo della prigionia commina contro le violenze la reclusione. Da ciò ne siegue in primo luogo che le percosse date a un padre o ad un ascendente, per quanto sieno lievi, costituiscono un misfatto ed il loro giudizio per la sola qualità dell'offeso va devoluto alla Corte d'Assisa (2). Ne siegue ancora che nella stessa ipotesi può elevarsi innanzi il Giuri la questione di tentativo di percosse e violenze, dappoichè in tutti i malfezzi, che la legge qualifica misfatti, il tentativo legale va punito come il misfatto stesso (3).

Fa mestieri però osservare che il secondo paragrafo, tramutando in una stessa pena le due pene comminate dall'articolo 311, ha confuso in una stessa azione, in una stessa reità, due atti essenzialmente distinti, cioè, le percosse o ferite commesse senza *premeditazione* e quelle

accompagnate da questa circostanza. Così, in questo caso eccezionale, vedesi distrutta la distinzione stabilita dagli articoli 310 e 311, mentre questa distinzione segna una delle più spiccate gradazioni della reità; nè vedesi in questa stessa ipotesi ragione alcuna per comminare una pena uguale e contro una percossa data con premeditato disegno e contro quella che è l'effetto di un moto d'ira. Questa confusione apparisce tanto più strana in quanto che il terzo paragrafo dello stesso articolo l'ha sbandeggiata nell'ipotesi da esso preveduta.

Intanto qui ci si presenta una novella anomalia. Il quarto paragrafo dell'articolo 312 pronunzia la pena dei lavori forzati perpetui nei casi in cui gli articoli 309 e 310 cominano quella dei lavori forzati a tempo, cioè, quando le percosse e le ferite sien commesse con premeditazione ed abbian cagionata incapacità al lavoro per più di venti giorni. Qual sarà dunque la pena da applicarsi quando dalle percosse o ferite, commesse con premeditazione, sia seguita la morte? L'articolo 312 non ha mica preveduta questa ipotesi, uopo è dunque rivolgerci all'articolo 310 il quale pronunzia la pena dei lavori forzati perpetui qualunque sia la persona contro cui siensi commesse queste violenze; da ciò la conseguenza che le ferite o percosse, commesse senza intenzione di uccidere ma seguite dalla morte, ove sien state dirette contro il genitore o ascendente, vanno punite con l'istessa pena tanto se sieno accompagnate da premeditazione quanto se sien scevre di questa circostanza aggravante.

Per compiere questo paragrafo rimane ad esaminare due disposizioni addizionali che completano quelle per noi discorse.

La prima dà ai giudici facoltà di pronunziare la sorveglianza della polizia contro i condannati per semplice delitto di percosse o ferite. Nell'articolo 315 (Sup. II. p.) sta scritto: « oltre le pene correzionali, menzionate nell'articolo precedente, i tribunali potranno pronunziare il *rinvio* alla sorveglianza dell'alta polizia per la durata da due a dieci anni. » Intorno questo articolo basta osservare che questa pena accessoria è puramente facoltativa, che essa non si applica che ai semplici delitti, dappoichè, per le pene afflittive ed infamanti la sorveglianza è un accessorio di diritto, da ultimo, che essa può esser limitata a due anni, ed in ciò si è derogato alla regola

(1) Decis. Cass. 15 ott. 1823; 10 ott. 1822. Dalkx, 6, 96, 28, 272; Sirey, 1814, t. n. p. 73.

(2) Grenoble, 28 Aprile 1814. Dalkx, 6, 13.

(3) Decis. Cass. 9 feb. 1821.

generale che fissà a cinque anni il *minimum* di questo provvedimento.

La seconda disposizione contenuta nell' articolo 313 (Soppresso II. p.) prevede la violenza di tutt' altra natura, commessa da bande o riunioni sediziose. Questo articolo è così concepito: « I misfatti e delitti preveduti nelle presente sezione e nella precedente, se sieno commessi in riunione sediziosa, con ribellione o saccheggio sono imputate ai capi, autori, istigatori e provocatori di queste riunioni, ribellioni o rapine, i quali saran puniti come colpevoli di questi misfatti o delitti e condannati alle stesse pene dovute a quelli che li avessero personalmente commesse. »

Lo scopo di questo articolo si è di creare un nesso speciale di complicità: quando il reato è stato commesso in riunione sediziosa, con ribellione o rapina, i capi, autori, istigatori e provocatori della riunione vanno soggetti alle pene incorse dagli autori del reato quando anche non vi avessero personalmente cooperato. « Questa solidarietà, dicea l' oratore del governo, pare a prima vista essere in opposizione col gran principio che vuole tutti i reati sien personali; ma quando trattasi di atterramenti, di riunioni tanto numerose da presentare i caratteri di una sedizione, gli autori ed i provocatori sono i più colpevoli; la moltitudine siegue l' impulso onde è spinta, è l'istrumento che il capo si ha tolto in mano per commettere le violenze; e però, giustizia vuole che egli soggiaccia alla pena del misfatto o delitto che ha fatto commettere. » Noi abbiain trovato l' applicazione di questo principio nell' articolo 100 e 213 (183) e più oltre lo vedremo nell' articolo 441.

Per l' applicazione di questo articolo è necessario che sia provato il fatto della riunione sediziosa, che questa riunione sia stata accompagnata da ribellione o rapina, da ultimo che gl' imputati sien dichiarati i capi, autori, istigatori e provocatori di queste riunioni, ribellioni o rapine: il concorso di queste tre condizioni fa riputare questi tali complici degli omicidi, atti di barbarie, percosse o ferite commesse nella riunione, e gli assoggetta alle pene incorse dagli autori principali.

§ 2.

Dell' aborto e delle malattie cagionate da somministrazione di sostanze nocive alla salute.

Questa sezione abbraccia la disamina di tre reati i quali, comechè distinti per la loro gravità morale e i loro risultamenti, sono stati dal legislatore raggruppati in uno, perchè tutti commettonsi col mezzo d' uno stesso strumento materiale, d' una sostanza nociva alla salute: questi reati sono 1.º l' aborto; 2.º il fatto volontario d' aver somministrato delle sostanze nocive; 3. lo spaccio di bevande adulterate con misture proibite.

L' aborto, quando è commesso volontariamente diventa un misfatto: *grave scelus est partus abactio*. Esso priva di vita un essere umano, svela d' ordinario nel suo autore la più spaventevole immoralità, e suppone necessariamente la premeditazione. Alcuni autori, dopo aver notato che questo misfatto deriva dagli stessi motivi ed ha gli stessi risultamenti dell' infanticidio, parvero inclinati a confondere questi due attentati. Diceva a tal proposito un publicista « tra il reato della donna che procura il suo aborto nel settimo e ottavo mese di sua gravidanza e di quella che uccide il suo bambino nel momento in cui viene alla luce, non vi è quella grande distanza che passa tra la reclusione e la morte (1). » Il progetto del codice penale era stato compilato secondo questa idea, Cambacres redarguì quest' agguagliamento con tali parole: Non è cosa convenevole, diceva egli, confondere l' aborto con l' infanticidio. Nello stato di rilassatezza in cui sono i costumi può darsi che una madre, sedotta da un falso sentimento di vergogna, creda meglio prevenire che distruggere l' esistenza del bambino che porta in seno, ma uccidere il fanciullo dopo che è nato è un atto di barbarie, il cui errore non potrebbe esser palliato da alcuna illusione (2). » Questa distinzione ha in sè molta evidenza; la donna gravida non è ancora madre, essa non può esser ritenuta dall' amore di un figlio che ancora non conosce; merita maggiore scusa quando si lascia trascinare dalla sola tema del disonore; la sua azione è meno atro-

(1) Il sig. Destrivès, p. 126.

(2) Processi verbali del consiglio di stato, sessi. 29 del 8 nov. 1808.

ce perchè essa ha da vincere minori ripugnanze; e poi è mai certo che l'essere da lei distrutto avrebbe continuato a vivere o sarebbe nato vitale? La realtà è dunque men grave; i risultamenti meno funesti. Questi due motivi han dovuto presentare agli occhi del legislatore l'aborto come men grave dell'infanticidio.

La più parte dei legislatori hanno adottata questa distinzione. Le leggi Romane punivano col solo esilio la donna che si fosse procurato l'aborto violentemente. *Si mulierem viscibus suis vim intulisse qui partum abigeret constituerit, eam in exilium praesens provinciae eziget* (1). Si comminava poi la pena capitale se la donna fosse stata guidata da un sentimento di cupidigia, se avesse, ad esempio, ricevuto del denaro dagli eredi di suo marito per distruggere il frutto del suo ventre. *Cicero in oratione pro Cluentio Habito scribit milesiam quamdam mulierem, cum esset in Asia, quod ab haeredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam* (2). Quanto ai complici che avessero tentato l'aborto, quelli di condizione onesta eran condannati alla relegazione in un'isola con la confiscazione dei beni, andavan però soggetti all'ultimo supplizio se la donna fosse morta per l'uso delle bevande nocive, o se l'aborto fosse consumato: *Quod si ex eo homo* (3). *aut mulier perierit summo supplicio afficiuntur* (4).

Il diritto canonico stabiliva una distinzione che i dottori han di poi applicata alla interpretazione della legge Romana: si osservava se il feto fosse già formato, se fosse dotato di vita o se non costituisse ancora che una materia inerte ed inanimata; nel primo caso l'aborto era un vero omicidio, nel secondo un reato soggetto a semplice pena pecuniaria.

Quod vero non formatum puerperium noluit ad omicidio pertinere, profecto nec hominem deputavit quod tale in utero geritur; hic de anima quaestio solet agitari utrum quod formatum non est, nec animatum quidem possit intelligi; et ideo non sit homicidium quia nec exanimatum dici potest si adhuc animam non habebat (5).

Ma come fissare il tempo in cui il feto diventa animato? I dottori eran divisi di opinione: alcuni fissavano questo tempo al quarantesimo giorno della gravidanza, altri al 60, altri al terzo mese (6). Il termine di 40 giorni, proposto da Acurzio nella Glossa, costituiva la regola più universalmente adottata: *Ante quadraginta dies quia antea non erat homo: postea de homicidio tenetur* (7).

Ma l'omissione di questa regola non scioglieva mica tutte le difficoltà, dappoichè bisognava farne la prova, e come provare il tempo preciso della gravidanza? « La difficoltà di questa prova, ha detto Muyart de Vouglans, ha fatto che noi non abbiamo ammessa questa distinzione nella nostra giurisprudenza (8). Jousse aggiunge: « In Francia l'aborto procurato sia prima che il feto fosse animato, sia dopo, è stato sempre riguardato come un misfatto orribile, la religione cristiana tiene per omicidio l'azione con che la donna distrugge il frutto onde è incinta, sia che fosse vivo e animato sia che non lo fosse; la pena di questo misfatto è la morte (9).

Il codice del 1791, sopprimendo del pari ogni distinzione, limitavasi a questa sola disposizione: « chiunque sarà convinto di avere con bevande, violenze o qualunque altro mezzo procurato l'aborto di una donna gravida, sarà punito con venti anni di ferri. » Questa disposizione evidentemente incompleta puniva solamente l'autore dell'aborto, non già la donna, e la pena era la stessa sia che la donna avesse, sia che non avesse consentito.

Le leggi moderne de' paesi stranieri sono

(1) L. 8, Dig. ad leg. corn. de sicaris; l. 4, de extraordinariis crim.

(2) L. 39, Dig. de poenis. Damuderio prat. crim. p. 173, esp. 74, n. 14.

(3) Gli interpreti del Digesto hanno per lunga stagione quistato sul senso di questa parola *homo*; alcuni han creduto riferirsi a quello cui fosse stato per errore propinata la bevanda; altri l'han creduta relativa al feto stesso cui la legge da questo nome perchè lo suppone animato: *ad factum qui jam homo erat cum abigeret*. Noi abbiamo adottata quest'ultima interpretazione.

(4) L. 35, §. 5, Dig. de poenis.

(5) Corpus juris canon. decret. secunda pars, causa 32, quest. 27, cap. 8.

(6) Farinacio, quest. 122, n. 139. Menochio, caso 336, n. 83 e caso 357; Damuderio, cap. 74, n. 15 e 16 p. 173.

(7) Glossa nella l. 4. Dig. de extraordinariis crim.

(8) Leggi crim. p. 178.

(9) Trattato delle materie crim. t. 4, p. 20.

state più chiare. Molte legislazioni distinguono da prima il tentativo di aborto dall'aborto consumato: il tentativo non seguito da effetto, o l'aborto mancato, non è punito dai codici di Austria e di Prussia che con una prigionia di un mese ad un anno (art. 129 e 985). Il codice della Luigiana eleva in questo caso le pene a tre mesi (art. 471). Le leggi di Napoli distinguono il semplice tentativo, la cui esecuzione fu sospesa per volontà, dal misfatto mancato di effetto: nel primo caso la pena è di uno a sei mesi, nel secondo di sette mesi a cinque anni (art. 398).

Un'altra distinzione stabilita dalle leggi straniere è relativa al consenso della donna abortita; la pena si aggrava se l'aborto sia procurato senza il consentimento di lei: così nel codice di Austria la pena si eleva da uno a cinque anni, in quello di Napoli dalla relegazione alla reclusione; nel codice di Prussia la detenzione temporanea può nel primo caso prolungarsi a vita; da ultimo nelle leggi Americane la pena si raddoppia.

La più parte di queste leggi aggravano le pene quando il misfatto sia stato commesso o agevolato da un medico o chirurgo (1). Gli statuti Inglesi preveggono il caso in cui non vi abbia certezza che la donna fosse incinta; rimane allora una intenzion criminosa con un fatto materiale equivoco, e la pena è ridotta ad una prigionia che il giudice tassa quasi arbitrariamente. La legge Austriaca e la legge Americana han considerata come una circostanza aggravante il caso in cui dalle violenze o bevande adoperate fosse seguito pericolo di vita, alterazione della salute o la morte della donna. Il codice della Luigiana, parifica quest'ultimo caso a un omicidio volontario. Da ultimo, nel codice di Prussia si legge questa provvida disposizione: « coloro che abbian commessi molti reati di questo genere, quantunque non sieno stati ancora puniti debbono soggiacere alla pena delle verghe ed esser chiusi in un forte per tutta la vita (art. 989).

Veniamo ora ad esporre le diverse disposizioni del nostro codice; l'articolo 317 è così concepito: chiunque con alimenti, con bevande, con medicamenti, con violenze o con qualunque altro mezzo abbia fatto seguire l'aborto di una donna incinta sia che questa abbia

sia che non abbia consentito sarà punito con la reclusione. La stessa pena sarà pronunziata contro la donna che abbia essa stessa fatto seguire in sua persona l'aborto, o che abbia consentito a far uso dei mezzi indicatili o somministratili a questo oggetto, se l'aborto sia veramente seguito. I medici, chirurghi o altri ufficiali di salute, come i farmacisti che avranno indicato o somministrato questi mezzi saranno condannati alla pena dei lavori forzati a tempo in caso che l'aborto abbia avuto luogo ».

Noi non faremo una taccia al legislatore d'aver abolita l'aggravazione della pena che l'antico dritto attingeva dalla circostanza di esser l'aborto avvenuto in tempo prossimo al parto; non v'ha dubbio che vi sia qualche differenza nell'aborto commesso nei primi o negli ultimi mesi della gravidanza, ma i motivi del reato rimangono gli stessi, e la difficoltà di stabilire un limite tra le gradazioni della reità è un motivo per sbandeggiare questa distinzione. Ma la gravità del misfatto non è più certamente la stessa quando l'aborto siasi operato senza il consentimento della donna o contro la sua volontà; l'attentato non è allora commesso soltanto contro il fanciullo, esso colpisce la stessa madre nella sua persona e nelle sue più care speranze « colui che faccia seguire l'aborto di una donna col di lei consentimento, diceva il Sig. Destriv, ferisce le leggi naturali e civili solamente in rapporto al figlio; ma colui che faccia abortire una donna, a sua insaputa o a suo malgrado viola le stesse leggi in rapporto del figlio e della madre; esso inoltre espone costei ad un'accusa grave, la espone al rischio di esser tenuta complice del misfatto. P'uossi mai mettere nella stessa linea colui che faccia, col di lei consentimento, abortire una donna clandestinamente incinta, e quello che a di lei insaputa faccia seguire l'aborto di una sposa legittima che porta in seno le speranze di una intera famiglia (2)? Epperò ci duole che il nostro Codice non abbia, come le legislazioni straniere, stabilite delle gradazioni in questi casi; a noi pare anzi che il complice sia talvolta più colpevole della stessa donna: questa è trascinata da motivi che possono almeno eccitare sentimenti di pietà; il complice, se non ha con la donna vincoli di sangue, non è mosso che dal vergognoso salario promes-

(1) Leg. di Nap. art. 397; cod. del Brasile art. 200; codice dei delitti e delle pene dello stato della Luigiana, art. 471.

(2) Leggi, p. 127; Haas, t. 2, p. 223.

sogli, e s'è il padre di costei o del fanciullo, tradisce il più sacro dovere; da ultimo, le levatrici, i farmacisti, i medici che fanno professione di facilitar gli aborti dovrebbero, come nella legge Prussiana, andar soggetti ad una severa aggravazione di pena. Il nostro codice contiene dunque intorno a ciò molte gravi lacune. Non parliamo mica del solo tentativo o dell'aborto mancato, torneremo a questa disamina nel processo del capitolo.

L'articolo 317 (395, 396 e 397 ll. p.) contiene tre distinte disposizioni: la prima prevede in generale il misfatto di quelli che abbian fatto seguire l'aborto: la seconda il reato della donna che essa stessa abbia fatto seguire l'aborto in persona propria; la terza prevede ed eleva a circostanza aggravante la complicità dei medici ed ufficiali di salute che abbiano indicati o somministrati i mezzi di effettuarlo.

La prima di queste disposizioni ha ingenerate gravi difficoltà. Debbesi primamente osservare che il misfatto da essa preveduto dipende da due essenziali condizioni: uopo è che l'agente abbia avuto la volontà di far abortire la donna, questa criminosa volontà è quella che costituisce l'elemento morale del reato; uopo è inoltre che egli abbia fatto seguire l'aborto, qualunque fossero i mezzi adoperati (con alimenti, bevande, medicamenti, violenze o con qualunque altro mezzo, e sia che la donna abbia o non abbia consentito all'uso di questi mezzi).

Allorchè l'aborto sia stato cagionato da violenze commesse volontariamente, *ma senza intenzione di avere questo effetto*, l'autore delle violenze deve forse esser punito ai termini dell'articolo 317 e (395)? Il sig. Bourguignon cita una decisione onde tale controversia fu risolta in senso affermativo in una causa che presentava il fatto d'essersi dato un calcio ad una donna incinta di due mesi: « Tali violenze, dice questo autore, avendo cagionato l'aborto di questa donna si è giudicato che dovea esser di questo caso come dell'omicidio volontario prodotto da violenze commesse volontariamente ma senza intenzione di uccidere (1) ».

A noi pare che questo avviso non sia tanto ben fondato. Tale questione, che toccando uno degli elementi del reato, riesce di non lie-

ve interesse, non è mica nuova; gli antichi autori l'avean già trattata; in caso che l'aborto fosse stato cagionato da percosse o maltrattamenti distinguevasi se l'autore delle violenze avesse o pur no avuto intenzione di produrre l'aborto; il misfatto di aborto non avea vita che nel solo primo caso. *Quando quis percussisset mulierem animo et intentione ut ex percussione abortus sequeretur, tunc abortu sequuto intrat poena mortis, secus si non animo committendi abortum* (2). A ragion più forte andavasi alla stessa sentenza quando l'autore delle violenze ignorasse la gravidanza della donna: *Si ignorabat, etiam abortu sequuto non tenebatur de eo* (3). Lousse riproduce questa distinzione che egli cita come regola pratica: « Rispetto a colui che paventa con violenza una donna gravida e la fa abortire, uopo è distinguere se in percuotere siasi avuta intenzione di far seguire l'aborto o pure no; nel primo caso la pena è la morte, nell'altro si applica una pena arbitraria (4).

E per fermo, come potrebbe aver vita il reato se l'agente non avea intenzione di commetterlo? La qualificazione e la pena potrebbero mai pigliare per sola base il fatto materiale senza tenersi conto della moralità? si sono commesse delle violenze, il loro autore ne rimane responsabile e debbe essere punito secondo la loro gravità; ma può esso rispondere dell'aborto che queste violenze abbian potuto cagionare se ignorava la gravidanza? Senza dubbio, questo risultamento non è una prova della gravità delle violenze ma dello stato individuale della persona offesa; l'azione non può cangiar natura per un accidente casuale che n'è derivato. Rispetto all'autore delle violenze queste debbono esser punite perchè volontarie, ma l'aborto non può e non potrebbe esser punito che come una ferita commessa involontariamente e per imprudenza. Questa disposizione, espressa con tanta esattezza dai nostri antichi criminalisti, è nella ragion delle cose, ed è a notarsi che non più ha rigore il motivo in cui si appoggia la Decisione citata dal Bourguignon: l'omicidio prodotto da violenze volontarie, commesse senza intenzione di uccidere, non è più qualificato omicidio volontario. Nel primo paragrafo di questo ca-

(1) Decis. cam. 8 ottob. 1852, Giuris. dei codici crim. art. 317, n. 1.

(2) Forinaccio, quist. 122, n. 191.

(3) Ibid. quest. 122, n. 153.

(4) Tratt. delle materie crim. t. 4. p. 22.

pitolo abbiain vednto che per l' articolo 309, riformato in questo punto modificativo del codice, l'autore di percosse e ferite non resta irresponsabile della morte che accidentalmente ne fosse da esse derivata. Quest'analogia manca dunque nella tesi che noi confutiamo.

Del rimanente, la nostra opinione trova un appoggio in una Decisione del Tribunale di Cassazione del 18 Brumajo anno XII resa nelle specie segnente. Un individuo era imputato di stupro in persona di una donna incinta di otto mesi, e di aver fatto seguire l'aborto di questa donna per causa di tale violenza: di questi due fatti il Giurì ha dichiarato costare soltanto l'ultimo, e il Tribunale criminale ha creduto dover assolvere l'accusato perchè dalla risposta del Giurì non risultava che egli avesse fatto seguire l'aborto volontariamente. Il giudicato di assoluzione fu messo nel nulla ma pei seguenti motivi: « attesochè si è domandato ai Giurati se costava aver l'accusato fatto seguire l'aborto della querelante; attesochè non si è su questo fatto proposta alcuna quistione intenzionale onde è derivato che la loro risposta, affermativa sul fatto dell'aborto, non dice se questo fatto sia stato commesso involontariamente e senza intenzione di nuocere, epperò per necessaria conseguenza rimane incerto se l'accusato sia o no colpevole del misfatto preveduto dall'articolo 17 sez. 1. tit. 2. cod. Penale. » Così la sentenza del Tribunale criminale fu annullata pel solo motivo d'essere incompleta la quistione proposta al Giurì, d'essersi in tale quistione ommesso uno degli elementi del misfatto di aborto, cioè, la intenzione del reato, quindi pare che sia da ciò confermata la distinzione per noi proposta.

Un'altra quistione non men grave e più controversa della prima sorge intorno il fatto materiale costitutivo del misfatto, il fatto di aver procurato l'aborto; trattasi di sapere se questi termini restrittivi della legge abbian esclusa dalla loro ipotesi il tentativo non seguito dall'aborto. La Corte di Cassazione ha risposto negativamente: « attesochè la disposizione dell'articolo 2 codice Penale (69 e 70 II. p.) concepito in termini generali non può essere ristretto che nei casi e pei reati eccettinati dalla sua applicazione, sia espressamente sia per disposizioni inconciliabili con questa applicazione, che non ci ha nel codice disposizione alcuna la quale dica che il tentativo del misfatto di aborto non debba esser considerato

e punito come il misfatto consumato; che rispetto alle disposizioni di questo codice, onde il tentativo di tal reato potrebbe essere sottratto all'applicazione dell'art. 2. (69 e 70), l'art. 317 (395) che prevede e punisce il misfatto di aborto debbe essere inteso ed eseguito nel senso chiaramente risultante del suo testo; che questo articolo si compone di tre disposizioni distinte ed indipendenti fra loro; che la prima punisce con la reclusione chiunque abbia procurato, per qualsiasi mezzo, l'aborto di una donna incinta o che essa abbia o che non abbia consentito; che in questa disposizione non v'ha parola la quale implicitamente escluda l'applicazione dell'articolo 2; che la seconda è relativa alla donna la quale abbia da sè fatto seguire l'aborto in persona propria, e consentito a far uso di mezzi indicatili o somministratili a questo oggetto; che a suo riguardo, per potersi applicare la pena della reclusione, uopo è che l'aborto sia seguitato; che questa disposizione di benignità modifica evidentemente la legge penale a prò della donna incinta che tenta di commettere in persona propria il misfatto di aborto e le rende applicabile l'articolo 2; che il legislatore ha avuto dei gravi motivi per trattare con indulgenza le donne incinte quando il misfatto non sia consumato; che la terza disposizione parla dei farmacisti e degli ufficiali di sanità che si avvalgono della loro arte per procurare degli aborti; che se i mezzi da essi indicati o adoperati sieno rimasti senza effetto, la legge non li soggetta ad alcuna aggravazione di pena; essi rimangono nella classe comune di coloro che tentano di procurar degli aborti e come essi vanno puniti colla reclusione ai termini della prima disposizione dell'articolo 317 messa in accordo con l'articolo 2; che se per l'opposto, mercè i mezzi da essi indicati o somministrati, sia seguito l'aborto, il legislatore spiega contro di essi una più grande severità e li punisce con le pene più rigorose de' lavori forzati a tempo (1). »

Abbiam creduto riportare testualmente questo *arresto* perchè in esso è sviluppato tutto il sistema della Corte di Cassazione; questo sistema è stato successivamente il ber-

(1) Decis. cass. 16 ottob. 1817. Dalloz, 28, 274. Sirey, 1818, t. 1, p. 75. ved. anche Decis. 17 marzo 1827, 15 aprile 1830. Sirey, 1829, t. 1, p. 88; 1830, t. 1, p. 296.

saggio delle critiche di tutti gli autori che hanno scritto sul Codice penale. Il signor Legraverend (1), il sig. Carnot (2), il sig. Bourguignon (3), il sig. Rauter (4), il sig. Haus hanno di concorde avviso riprovata questa interpretazione della giurisprudenza. Da una banda questa uniformità di avviso negli autori, e dall'altra la perseveranza della Corte di Cassazione nel suo sistema hanno seriamente fissata la nostra attenzione su tale controversia, nè siamo scesi all'arena di questa discussione che dopo lungo studio sul testo degli articoli e profonda disamina della materia.

Esaminiamo da prima i termini dell'articolo 317; esso col suo primo paragrafo punisce soltanto colui che ha procurato l'aborto. Or non può negarsi che questa espressione sembri supporre necessariamente l'aborto consumato: procurare l'aborto importa somministrare i mezzi per eseguirlo, e tale era il significato di questo vocabolo anche nell'articolo 17 del titolo 2 del Codice del 1791, poichè questo Codice non ammetteva alcuna pena pel tentativo dei misfatti. Il secondo paragrafo dell'articolo 317 viene in appoggio di questa opinione; questo paragrafo contiene due disposizioni; esso punisce con la reclusione la donna che faccia seguire l'aborto in persona propria, e quella che abbia consentito a far uso de' mezzi indicatile o somministratile a questo oggetto, *se l'aborto sia seguito*. È chiaro che queste ultime parole non si riferiscono che a quest'ultima disposizione, dappoichè, quando la legge parla della donna che si abbia da sé procurato l'aborto, suppone che l'aborto sia seguito. Or, se questa espressione non esclude il tentativo nel primo paragrafo non può nè anco escluderlo nel secondo; si verrebbe dunque alla conseguenza che il tentativo dell'aborto sarebbe imputabile alla donna, se sola e senza complici avesse voluto far seguire l'aborto in persona propria, e non lo sarebbe se essa avesse consentito al proprio aborto tentato da un terzo. Questa distinzione sarebbe contraddittoria, e bisognerebbe ancora ammettere che in questo ultimo caso il complice sa-

rebbe punito quantunque la donna fosse esente da ogni penale procedura.

Seguiamo la stessa interpretazione nel terzo paragrafo. La pena dei lavori forzati, ivi comminata contro gli uomini dell'arte, non è applicabile che quando l'aborto abbia avuto luogo, la logica conseguenza di queste espressioni si è che il tentativo dell'aborto e l'aborto mancato non vanno soggetti ad alcuna pena rispetto alle persone dell'arte come è rispetto a chiunque altro. La Corte di Cassazione ha dedotto un altro corollario; essa non poteva ammettere che il tentativo commesso dai medici rimanesse impunito, mentre commesso da chiunque altro va soggetto a pena, epperò ha dichiarato che il medico, contro cui il terzo paragrafo dell'articolo aggrava la pena in caso di aborto consumato, debbe andar compreso nelle disposizioni del primo paragrafo in caso di aborto tentato. Questa opinione difficilmente può reggere innanzi ad una rigorosa disamina. Di fatti, sua conseguenza si è che la qualità di uomo dell'arte, onde è motivata l'aggravazione della pena, cesserebbe d'essere una causa di aggravamento quando l'aborto fosse stato tentato in vano; or perchè questa differenza? Se in entrambi i casi vi è reato, perchè la qualità di medico non debbe avere in entrambi i casi la stessa influenza sulla pena? perchè la legge in un caso non tien conto di questa qualità e nell'altro la mette a calcolo? un'altra conseguenza si è che in persona dei medici il tentativo sarebbe punito meno severamente del reato consumato; or, come ammettere che una derogazione al principio, il quale parifica nella pena il tentativo al misfatto consumato, sia stata dalla legge espressa in modo così implicito? Come ammettere che il tentativo e la esecuzione dell'aborto, colpiti dalla stessa pena in persona di chiunque altro, fossero soggetti a pena diversa in persona degli uomini dell'arte? Noi diremo col signor Legraverand che pare difficile cosa cumulare maggiori sottigliezze e contraddizioni per giungere ad una decisione contraria al testo del codice.

Per contrario, tutte queste contraddizioni si dileguerebbero se si ammettesse come principio, comune ai tre paragrafi, che l'aborto non è punito, sia per la donna stessa sia pei terzi e pei medici, se non quando si è consumato. Il senso dell'articolo diventerebbe semplice, naturale, e le sue disposizioni si tro-

(1) Legislazione crim. tom. 1, p. 118, e n. 36 della ediz. del 1839.

(2) Comen. del Cod. Pen. t. 2. p. 63.

(3) Giurisp. del Codice crim. art. 317, n. 2.

(4) Trattato del diritto crim. fran. n. 458.

verebbero in perfetto accordo fra loro: non si vedrebbe più la donna punita pel semplice tentativo quando abbia delinquito sola, impunita quanto abbia avuti dei complici: non si vedrebbe più il medico imputato sotto questa qualità se l'aborto sia recato ad effetto, e come semplice privato se l'aborto sia rimasto in vani tentativi; da ultimo, non si vedrebbero più i principi elementari del codice sconvolti per forza d'interpretazione, e create delle eccezioni cui la legge non ha mai inteso di dar vita.

D'altra banda, facile cosa si è indagare i motivi che hanno spinto il legislatore a non sottoporre ad imputabilità che l'aborto consumato. Questo fatto quando anche sia compiuto è avvolto nelle tenebre del mistero; difficile si è conoscere le sue cause efficienti, più difficile ancora provarle. Come dunque fare questa valutazione quando il tentativo sia rimasto senza risultamenti? Come discernere, senza un fatto materiale, quali medicinali sieno stati atti a procurar l'aborto, quali rimedi somministrati con le mira di procurarlo? Il complice e la donna stessa non avrebbero forse il diritto di dire che se l'aborto è mancato di effetto ciò fu per loro volontà, dipendendo da essi annientare la forza e la quantità delle droghe? come non ristarsi la legge innanzi a simili procedure? Ciò non importava forse esporre le donne alle più vergognose indagini, far dipendere l'onore delle famiglie dai più incerti indizi? Osservate con quanta precauzione il legislatore procede in questa materia; esso non solo non appone a reato il semplice tentativo di aborto, ma covre col manto del suo silenzio anche l'aborto mancato. La giustizia non può intervenire che quando sia seguito l'effetto, quando vi sia un fatto materiale; sino a questo punto le prove sono troppo vaghe, gl'indizi troppo indeterminati, non debbesi snienticare che il primo atto del procedimento penale si è quello di accertarsi di una gravidanza studiosamente celata, e che la giustizia non può procedere contro l'onore di una donna se non quando abbia in mano le prove del misfatto.

Da ultimo, l'interpretazione per noi proposta è formalmente sanzionata e dalla esposizione dei motivi del Codice e dalle discussioni che l'han preparato. L'art. 317 fu discusso nella Sessione del Consiglio di Stato del 26 agosto 1809; ecco il testo del processo verbale di questa Sessione. « Il signor Corvetto chiede che si generalizzi la disposizione che

esenta da pena la donna quando i mezzi da lei adoperati non han prodotto l'aborto. Il signor Berlier dice, che queste espressioni: *chiunque avrà procurato l'aborto*, non lasciano dubbio alcuno limitarsi la loro applicazione agli aborti consumati, perciò l'emendamento è inutile. Il signor Regnaud soggiunge che compilato così l'articolo non è sufficiente: un chirurgo che non riuscisse nel suo attentato rimarrebbe impunito, eppure non può dirsi che egli sia innocente. — Il signor Merlin risponde che questo medico sarebbe colpito dalla disposizione che punisce il tentativo del misfatto. Il signor Treilhard divide questa opinione. — Il signor Berlier soggiunge che le osservazioni del signor Merlin lo inducono ad adottare l'emendamento del signor Corvetto. In sostanza, il solo signor Regnaud ha manifestato volere che il semplice tentativo fosse punito come l'aborto consumato; se debb'essere a cuore del legislatore che si purghino i costumi, egli però dee guardarsi di dare campo a delle indiscrete procedure che spesso per risultamento porterebbero un gravissimo scandalo. Di fatti, come penetrare in una materia così misteriosa, come osarlo quando il misfatto non fu seguito da effetto? E' molto che si muova l'azion penale contro gli autori di un aborto consumato, la natura delle cose prescrive che non si vada oltre. L'articolo che il signor Regnaud avea detto insufficiente per punire il tentativo fu adottato senza modificazioni; e fu dopo questa discussione che l'oratore del corpo legislativo ha spiegato in questi termini lo spirito di questo articolo: L'aborto volontario è uno degli attentati più gravi, e in esso i compilatori del Codice hanno creduto non dover sottomettere a pena il semplice tentativo. Spesse fiate questo misfatto stà in semplici timori; quando non è consumato, oltre che non viene danno alcuno alla società, riesce molto difficile accertarsi di una intenzione spesso dubbia, di un tentativo spesso equivoco, segnatamente ove suppongansi impotenti i mezzi adoperati e nessun risulamento avuto. Per contrario ogni dubbio cessa se l'aborto abbia avuto luogo; allora il fatto è guida per scoprire la colpevolezza de'suoi autori; in qualunque modo l'abbian essi agevolato sono puniti al par della madre che abbia adoperato o consentito che si adoperassero in sua persona dei mezzi per giungere a questo scopo. » Noi crediamo che questi motivi debban valere

a dileguar ogni dubbio sul vero senso del primo paragrafo dell'articolo 317 (395) (a).

Il secondo paragrafo di questo articolo non ha dato luogo ad alcuna difficoltà. Questo paragrafo, come noi abbiamo già fatto osservare, prevede due casi diversi, cioè, il fatto della donna che si abbia procurato l'aborto da sé sola e senza complici, e di quella che abbia consentito a far uso dei mezzi indicatili o somministratili: in entrambe queste ipotesi non vi è imputazione *se non quando l'aborto sia seguito* (b). A dir il vero, queste ultime parole non si rapportano che alla seconda ipotesi; ma noi abbiamo veduto che coi vocaboli: *procurar l'aborto* la legge aveva inteso un aborto consumato.

Il terzo paragrafo dell'articolo 317 (art. 397 II. p.) statuisce contro i medici, chirurghi, ufficiali di sanità e farmacisti un aggravamento di pena attinto dalle loro qualità: « Una pena più grave, dice la esposizione dei motivi, quella dei lavori forzati a tempo avrà luogo contro i medici, chirurghi ed altri ufficiali di sanità che abbiano procurati alla donna i mezzi di farla abortire. Di fatti, essi sono più colpevoli della stessa donna quando volgono alla distruzione dell'uomo un'arte che dovrebbero impiegare alla sua conservazione. Se la donna non trovasse tante agevolazioni a procurarsi i mezzi di aborto, il timore di mettere in pericolo la propria vita, con far uso di medicamenti di cui non conosce la natura, spesso l'astringerebbero a sospendere la esecuzione del suo reato e così potrebbe esser poi ritenuta dai propri rimorsi. »

La qualità di medico, chirurgo, o ufficiale di sanità, essendo una circostanza aggravante del reato, dee necessariamente esser proposta al giudizio del Giurì. La Corte di Cassazione si è formalmente pronunziata in questo avviso annullando una condanna ai lavori forzati emessa contro un ufficiale di sanità senza che si fosse proposto al Giurì l'esame di questa qualità personale: « Attesochè nell'atto di accusa si è data all'imputato la qualificazione di ufficiale di sanità; attesoche questa era una circostanza aggravante sulla quale doveva essere interrogato il Giurì; attesoche in-

tanto il Presidente in proporre le quistioni al Giurì ha ommesso d'interrogarlo se l'imputato fosse ufficiale di sanità e con ciò ha violato l'articolo 317 (397).

La legge non ha parlato espressamente delle levatrici; debbono esse forse andar comprese fra gli ufficiali di sanità? Il signor Carnot tiene pell'affermativa e si poggia solamente sul riflesso che se non si adottasse questa interpretazione, le parole: *ed altri ufficiali di sanità* segnate nel testo dell'articolo non avrebbero alcuna applicazione (1). Questo è un errore: l'articolo 1.° della legge del 19 ventoso anno IX porta: che nissuno possa abbracciare la professione di *medico*, di *chirurgo* o *ufficiale di sanità* senza adempiere alle condizioni per essa prescritte. La legge riconosce dunque tra le persone dell'arte tre classi distinte; l'articolo 317 (397) non ha fatto che riprodurre le stesse parole. Puossi mai pensare che le levatrici sien comprese nella classe degli ufficiali di sanità? Non mai; il titolo 2.° della legge del 19 ventoso anno XI si occupa dei requisiti dei medici e chirurghi; il titolo 3, di quelli degli ufficiali di sanità; da ultimo, il titolo 5, della istruzione e dell'ammissione delle levatrici, queste dunque costituivano in quella legge una classe distinta dagli ufficiali di sanità. Osserviamo inoltre che il codice, il quale ha ommesso le levatrici nell'articolo 317 (397) le ha poi specificate nell'articolo 378 (371) dopo i medici, chirurghi ed ufficiali di sanità. La conclusione è evidente: sia che il legislatore le abbia riguardate, sebbene a torto, meno colpevoli degli uomini dell'arte, sia che la loro cooperazione gli sia paruta men pericolosa, non ha imposta alle levatrici, complici dell'aborto, l'aggravazione prescritta dal terzo paragrafo; esse restano comprese come tutti i complici nei termini del paragrafo primo (c).

Crediamo non esser uopo aggiungere che se la intenzione criminosa debbe essere diligentemente verificata in ogni accusa di misfatto, questa indagine debbe esser fatta con maggiore studio quando trattasi di un aborto di cui un medico sia imputato come complice, dappoichè questo fatto ha potuto non essere che conseguenza involontaria di medica-

(a) Tale quistione non può aver luogo nelle leggi penali delle due Sicilie, attesa la disposizione dell'articolo 398.

(b) Ved. nota precedente.

(1) Com. sull'art. 317, n. 8.

(c) Le leggi Penali delle Due Sicilie includono espressamente nell'articolo 397 le levatrici, quindi rendono oziosa la quistione in esame.

menti somministrati in buona fede. In mille casi le medele prestate ad un' inferma possono cagionare un aborto; può anche avvenire che la donna abbia simulata una malattia, celando la sua gravidanza, col fine di abortirsi: se il medico ha ciò ignorato o anche se non ignorandolo, non abbia avuta intenzione di concorrere a questo criminoso disegno, non è imputabile; la imputabilità viene solamente dal pensiero del reato. Questo principio è stato proclamato dalla Corte di Cassazione in una causa in cui era stata applicata la pena senza che il Giuri avesse dichiarato essersi l'aborto procurato volontariamente. Questa condanna fu annullata a motivo: « che l'atto di accusa avea riconosciuta nell'imputato la qualità di chirurgo; che in questa qualità, quali si fossero le conseguenze del fatto addebitatogli, non poteva esser colpito da pena afflittiva, se non quando avesse operato per una criminosa condiscendenza ai voleri della donna abortita; da ciò ne conseguita che sarebbe stato uopo disaminar la questione: se l'aborto fosse stato procurato con rea intenzione (1) ».

Le nostre osservazioni intorno tale soggetto si riassumono in poche parole. Il tentativo dell'aborto ed anche l'aborto mancato non vanno soggetti ad alcuna pena, la legge non punisce che l'aborto consumato chiunque ne sia l'autore (a). Il reato costa dunque di due elementi, il fatto materiale dell'aborto e la volontà di commetterlo. Questi elementi sono gli stessi per tutti, non si cangiano qualunque sieno i mezzi adoperati per commettere il reato, i medicamenti o le violenze. Così, il misfatto non cangia natura quando sia commesso dalle persone dell'arte, solamente è aggravata la pena.

Il secondo reato, di che dobbiamo occuparci in questa Sezione, è il fatto di *somministrare volontariamente delle sostanze che senza essere atte a cagionar la morte, sono nocive alla salute*. Questa imputazione, nuova nel codice Penale ed aggiunta per mera bizzarria all'articolo 317 di cui forma la seconda parte, ebbe per scopo di compiere una lacuna di questo codice. A termini dell'articolo 301 (350) la somministrazione di sostanze nocive non era soggetta a pena se non quando le sostanze fossero atte a cagionar la morte, in

questo caso il misfatto è qualificato per veneficio; ma quando le sostanze non fossero atte a produrre questo effetto non vi era reato, quando anche avessero cagionato una malattia o incapacità di lavoro più o meno lunga. Il legislatore sia per dimenticanza, sia per la difficoltà di definire questa specie di sostauze, non avea fatta alcuna menzione di tal reato che può in certi casi esser molto grave. La legge del 28 aprile 1832 ha tentato di metter riparo a questa omissione.

La seconda disposizione dell'articolo 317 è così conceputa: « Chi abbia cagionato ad altrui una malattia o incapacità di lavoro personale, somministrandogli volontariamente, in qualsiasi modo, delle sostanze che senza essere atte a cagionar la morte sono però nocive alla salute, sarà punito con una prigionia da un mese a cinque anni, e con un'ammenda di 16 a 500 franchi; può inoltre esser messo sotto la sorveglianza della polizia per un tempo non minore di due anni e non maggiore di dieci. Se la malattia o incapacità di lavoro personale sia durata per più di 20 giorni la pena sarà la reclusione. Se il delitto o misfatto, menzionati nei due precedenti paragrafi, sien stati commessi contro uno degli ascendenti menzionati nell'articolo 312 nel primo caso sarà punito con la reclusione, nel secondo coi lavori forzati a tempo. »

Se questa disposizione si ravvicina all'art. 301 (350) si vede che il veneficio offre al presente tre gradazioni: costituisce un semplice delitto se le sostanze somministrate sieno nocive alla salute senza essere atte a dar la morte, e se queste sostanze non abbian cagionata che una malattia di venti giorni; veste i caratteri di misfatto e va soggetto alla reclusione se quelle sostanze abbian cagionata una malattia per più di venti giorni; è punito di morte se quelle sostanze erano atte a portare la morte qualunque ne fossero state le conseguenze. Ma questa gradazione, imitata dagli articoli 295, 309 e 310 non è completa: di fatti, può intervenire che una persona, col disegno di nuocere ma senza intenzione di uccidere, abbia somministrata una sostanza che senza essere atta a recar la morte sia nociva alla salute, e che questa sostanza intromessa in un corpo debole abbia cagionata la morte. Non sarebbe stato forse necessario in questo caso far capo alla disposizione del secondo paragrafo dell'articolo 309 ed applicar la pena dei lavori forzati che esso commina in una identica ipote-

(1) Decis. cass. 27 giugno 1801.

(a) Vedi nota (a) pag. 164

si? In vero, a qual pena andrà soggetto questo reato? alle pene forse del venticidio? ma gli mancano due elementi di quel reato: la volontà di uccidere e la sostanza atta a cagionar la morte. Forse gli si applicherà una delle pene comminate dall'articolo 317 (393) ma quell'articolo ha preveduto una malattia non già la morte. Non potrebbero dunque giungere a punir questo reato che sforzando la parola della legge. Questa ipotesi fu preveduta dal Codice Bavaro nel cui articolo 183 si legge: « Quando il veleno somministrato con disegno di nuocere, ma senza intenzione di uccidere, avrà cagionata un'alterazione permanente o passeggera del corpo o dello spirito, il colpevole sarà condannato alla detenzione in una casa di forza per un tempo non minore di 16 anni e non maggiore di venti. » Il professore Haus del pari propose aggiungere al progetto del Codice Belgio una disposizione così concepita: « Se le sostanze nocive alla salute, senza essere atte a recar la morte l'abbian però cagionata, il colpevole sarà punito coi lavori forzati perpetui ».

Perchè abbia vita questo reato debbono concorrervi tre elementi che sono con molta precisione indicati dalla legge: uopo è che sieno state altrui somministrate volontariamente delle sostanze; che queste sostanze, senza essere atte a recar la morte, sieno nocive alla salute; da ultimo, che abbiano cagionata una malattia o incapacità di lavoro personale.

Somministrar volontariamente una sostanza, nello spirito della legge s'intende somministrarla con la intenzione di nuocere. Uopo è qui distinguere due espressioni che in altri rincontri si confondono nello stesso significato. Così un omicidio, delle ferite commesse volontariamente suppongono in generale la reità dei loro autori; ma si possono volontariamente somministrare delle sostanze anche nocive, senza intenzione criminosa; se, ad esempio, l'autore di questo fatto non conosceva la loro natura, se le dava come medicamenti, se credeva che queste sostanze potevano operare una crisi salutare. Non basta dunque provare la volontà per dir provata la colpevolezza, è mestieri che questa volontà sia stata accompagnata dalla intenzione di nuocere.

Il secondo elemento si è che le sostanze somministrate sieno *nocive alla salute* senza essere atte a recar la morte. Queste parole *nocive alla salute*, essendo così vaghe ed in-

determinate avrebbero dovuto esser definite dalla legge. Il signor Carnot faceva osservare che se il legislatore del 1810 non avea punito tal reato « ciò non era avvenuto per semplice dimenticanza, ma per la impossibilità di definire questo genere di sostanze con la precisione necessaria per nulla lasciare all'arbitrio del giudice; egli avea preferito di non farne affatto menzione nel suo codice (1) ».

Non v'ha dubbio che i termini della legge danno largo campo ad arbitrarie accuse. Quali sostanze mai non possono esser risguardate come sostanze nocive? Quali alimenti non possono mai in certi casi avere effetti nocivi? La legge però non ebbe in mira che le sostanze atte a cagionare dei gravi accidenti; il suo scopo è stato di supplire alla insufficienza dell'articolo 301 (350) ove non è preveduta che la somministrazione di sostanze atte a produrre la morte; essa ha preveduti i casi più frequenti, ma possibili, di una grave alterazione nella salute, cagionata dalla somministrazione di una sostanza non atta a cagionar morte; se i suoi termini sono generali debbono essere nell'applicazione diretti dallo spirito che li ha dettati, e lo spirito della legge si manifesta a sufficienza quando richiede che la sostanza sia atta a cagionare una malattia più o meno grave. Spetta alle persone dell'arte ed ai chimici determinare i caratteri delle sostanze e i loro probabili effetti non già su quel tale individuo ma su tutti in generale, poichè la legge vuole che la sostanza sia *nociva* alla salute per sua intrinseca natura.

Da ultimo è necessario che la sostanza somministrata abbia realmente nociuto, cagionando una malattia o incapacità di lavoro. Noi non c' intratterremo qui della spiegazione di queste ultime parole, l'abbiam già data nella prima sezione di questo capitolo. Basta notare che la legge in richiedere che vi sia malattia o incapacità di lavoro non ha fissato il *minimum* della durata dell'una o dell'altra. Epperò, il solo fatto di una malattia, d'una incapacità di lavoro qualunque può dar luogo all'applicazione dell'articolo 317; ma fa uopo che la incapacità sia stata completa, che la malattia sia stata reale, una indisposizione leggiera e momentanea non basterebbe a giustificare questa applicazione.

Il concorso delle tre circostanze elementari che abbiám discorse costituisce il delitto

(1) Com. al Cod. Pen. art. 317.

preveduto dalla disposizione aggiunta all'articolo 317 (*manente nell' art. 395 ll. p.*). Questo delitto diventa misfatto: 1.° se la malattia o incapacità di lavoro personale sia durata per più di venti giorni; 2.° se il colpevole, qualunque sia la durata della malattia, abbia commesso il reato contro uno degli ascendenti designati nell'articolo 312 (348). A noi qui non rimane che rinviare il lettore alle spiegazioni date innanzi su gli articoli 309 e 312; la chiarezza dei termini dell'articolo 317, sia intorno i caratteri costitutivi di queste due circostanze aggravanti sia intorno le pene da esso comminate, rende vana qualunque osservazione particolare.

Il terzo delitto che, secondo l'ordine del Codice, debbe esser spiegato in questa sezione è la *vendita di bevande adulterate contenenti mescolanze nocive alla salute*. Questo delitto si avvicina a quello che abbiamo qui dissaminato perchè ha per obbietto l'uso di una sostanza nociva; ne diversa poi in quanto che consiste soltanto nella vendita di questa sostanza, ed è punito senza tenersi conto della malattia o incapacità di lavoro che abbia potuto derivarne.

Quale è il carattere di questo delitto? se si riguarda lo scopo di chi lo commette può dirsi una frode, un furto; egli non si dà pensiero delle conseguenze della sua mescolanza; egli nè pensa nè desidera che queste conseguenze sieno spiacevoli. Egli inganna il compratore per fare un illecito lucro, nè altro ha in mira che questo lucro. Per queste riflessioni i nostri antichi criminalisti vedevano in questo delinquente un vero falsario: *vendens anonam corruptam paena falsi tenetur* dice Farinacio (1). Altri autori limitavansi ad applicare la pena della falsità quando si fosse venduta una cosa per un'altra; quando il delinquente non avesse fatto che alterare la natura della cosa venduta, la sua azione non era che una frode soggetta a pena straordinaria: *vendens unam rem pro alia committit falsum, sed vendens aliquas mercedes corruptas et sic aliquid falsitatis in se habentes, punitur extra ordinem crimine stelionatus* (2).

Se per contrario si guardano i risultamenti e i suoi effetti su la salute, il delitto non

sarà più soltanto una frode commessa sulla cosa venduta, ma costituisce un attentato contro la vita delle persone, ed appunto sotto questa veduta l'ha considerato il Codice penale. Si legge nella esposizione dei motivi: « vi è inoltre una specie di attentato contro le persone, di cui il progetto di legge indica il reprimimento; questo attentato commettesi dai venditori di bevande adulterate con mescolanze nocive alla salute; avvelenatori pubblici che per mezzo di ossidi metallici si studiano dare il sapore di vino a dei liquidi colorati di false apparenze, e vendono a minuto il veleno e la morte. Questa fatale cupidigia non era punita dalla legge in vigore che con una prigionia della durata non maggiore di un anno. Il progetto che vi si presenta ha raddoppiata questa pena e certamente non può essa dirsi troppo severa per uomini così pericolosi.

In fatti, la legge dei 19—22 luglio 1791, titolo 2, art. 38 portava: « Chiunque sarà convinto di aver venduto bevande adulterate con mescolanze nocive sarà condannato ad un'ammenda che non può esser maggiore di 1000 lire, e ad una prigionia che non può eccedere un anno. La sentenza sarà stampata ed affissa in pubblico. In caso di recidiva la pena si raddoppia. L'art. 318 del Cod. penale (400 ll. p.) ha riprodotto questa disposizione con modificarla: chiunque avrà venduto o spacciato bevande adulterate che contengono mescolanze nocive alla salute sarà punito con una prigionia di sei giorni a due anni e con un'ammenda di 16 a 300 franchi (col secondo al 3° grado di prigionia e con l'ammenda correzionale, per le leggi delle due Sicilie); le bevande saranno confiscate (3).

Ai termini di questo articolo si richieggono due circostanze perchè abbia vita questo delitto: 1° il fatto della vendita e dello spaccio; 2° la qualità nociva delle bevande.

La imputazione non va oltre i fatti di vendita o di spaccio; l'articolo 475 n. 6 (461 n. 15) che in altra specie prevede la stessa infrazione la circoscrive negli stessi limiti. Questo due disposizioni non potrebbero dun-

(1) De falsit. et simulat. quaest. 150, N. 57.

(2) Bertazzini, consil. 163, n. 5 e 519. Menochio, capo 382, Num. 1 e 119.

(3) Una legge dei 19 marzo 1829 supplisce ad una lacuna del Codice penale con punire la mescolanza di sostanze nocive negli alimenti e nelle bevande. Raccolta delle leggi, 3 serie, t. 19, p. 303.

che essere applicate alla semplice *esposizione in vendita* delle bevande adulterate, ma questa esposizione andrebbe soggetta alle pene pecuniarie comminate dall'articolo 20 del tit. 1° della legge del 19 luglio 1791, che non è stata abrogata da altra posteriore (1). L'articolo 11 del Decreto del 15 dicembre 1813, onde è regolato il commercio dei vini in Parigi, supplisce anche, ma solo per Parigi, ai termini limitativi del Codice penale. Questo articolo porta: « E proibito, a chiunque fa in Parigi commercio di vini, alterare o adulterare i vini, tenere nelle grotte, cellai o altre parti di loro casa o magazzini alcuna materia atta ad adulterare o misturare i vini, e ciò sotto le pene comminate dagli articoli 318, 475 e 476 Cod. pen. Ma i tribunali della Corte Reale di Parigi si mostrarono molto renitenti ad applicar questo decreto che estende i termini della legge alla nuova ipotesi da esso preveduta; molte devizioni rese successivamente dalla Corte di Cassazione non han potuto che garantire pel momento la sua esecuzione (2).

Il secondo elemento del delitto si è che le bevande vendute sieno, per la operata mescolanza, *nocive alla salute*; questo requisito è quello che costituisce l'attentato contro la persona che il legislatore ravvisa in questo atto. « I fabbricanti di vini, porta la esposizione dei motivi, che si limitano a mescolanze più sgradevoli al palato che nocive alla salute, sono estranei al titolo che ci occupa, la loro mala fede non li assoggetta che ai tribunali di semplice polizia. » E per fermo, questa è la conseguenza che deriva dal ravvicinare l'articolo 318 (400) all'art. 475 n. 6 Cod. pen. (461 n. 15 ll. p.) che pronunzia delle pene di polizia contro quelli che abbian venduto o spacciato bevande *adulterate* senza pregiudizio delle pene più severe che saranno pronunziate dai tribunali di po-

lizia *correzionale* in caso che le bevande contengano *mescolanze nocive alla salute*. Così, quando le bevande ancorché adulterate non sieno pericolose, il loro spaccio rientra nei termini dell'articolo 475; ove poi sieno nocive, questa circostanza considerata come aggravante dà luogo all'applicazione dell'articolo 318 (400).

Come valutare questi caratteri e questo effetto; certamente ciò non può farsi che per mezzo di periti; agli uomini della scienza spetta analizzare le proprietà delle diverse sostanze e stabilire gli effetti di questa mescolanza; ma le opinioni e gli esperimenti fatti all'uopo, destinati a rischiarare la mente dei giudici, non possono imporre legge al loro giudizio; la Corte di Cassazione ha con varie Decisioni giudicato, che quando anche i periti avessero dichiarato non contenersi nelle sostanze adulterate alcuna mescolanza nociva era del potere discrezionale dei tribunali pronunziar le pene legali quando fossero nel loro animo convinti che la mescolanza delle sostanze fosse nociva (3).

Aggiungiamo che il delitto preveduto dall'articolo 318 (400) oltre le due circostanze ora discorse richiede che l'imputato abbia agito *scientemente*, cioè con la conoscenza che le bevande erano adulterate e potevano esser nocive; qui non trattasi di una semplice contravvenzione materiale, come nel caso dell'art. 475 (461 n. 15), ma di un delitto, perciò non può applicarsi pena che dopo essersi provata la volontà criminosa dell'agente.

La seconda disposizione dell'articolo 318 (400) vuole che le bevande adulterate *che si troveranno di proprietà del venditore* (4) sieno confiscate. Da ciò ne conseguita che le bevande adulterate le quali non appartengono al venditore non possono essere nè sequestrate nè confiscate, restrizione molto strana, poichè la sola esistenza di simili bevande è una minaccia continua contro la salute pubblica.

Un'altra questione nasce dagli stessi termini: quando le bevande non sieno state sorprese possono i giudici pronunziare la confiscazione? Un arresto della Corte di Cassa-

(1) Ved. in questo senso Decis. Cass. 5 sett. 1812, citata da Carnot, t. 2, p. 66. L'art. 20, tit. 1 legge del 19-22 luglio è così concepito: « In caso che si espongono in vendita commestibili gustati, corrotti o nocivi saranno questi confiscati, ed il colpevole condannato ad un'amenda pari al terzo della sua contribuzione mobiliare nè minore di tre lire.

(2) Ved. Decis. cass. 7 luglio 1827. Sirey, 1827, t. 1, p. 324; 4 agosto 1827. Sirey, 1828, t. 1, p. 27; 26 aprile 1828. Sirey, t. 1, p. 333; 20 marzo 1827. Sirey, t. 1, p. 427.

(3) Ved. Decis. Cass. 14 dic. 1808 e 25 giugno 1813, citate dal Carnot t. 2, p. 67; e Decis. 28 ott. 1814 citata dal Bourguignon, art. 318, n. 2, ved. anche articolo 323 Cod. Proc. Civ.

(4) Parole soppresse nell'articolo 400 delle leggi pen. di Napoli.

zione ha dichiarato che dal non essere state sorprese le bevande adulterate non ne siegue che non si possa pronunziare la confiscazione e condannare il delinquente a presentarle in giudizio, o a pagare una somma decretata dai giudici come equivalente (1). Il signor Rauber ha censurato questa Decisione: « perchè vi possa essere confiscazione, egli dice, uopo è che l'oggetto da confiscarsi sia a disposizione del giudice, cioè che vi sia stato sequestro giudiziario (2). » Noi siamo dello stesso avviso: primamente i termini della legge sono espliciti; essi prescrivono il sequestro e la confiscazione ne distinguono questi due provvedimenti, in secondo luogo la ragion della legge indica che non debbano essere separati. Nelle materie speciali, ove l'azione ha per scopo principale la confiscazione degli oggetti che sono in contravvenzione, il diritto di agire non nasce che dall'essersi sorpresi gli oggetti; le leggi dei 19 brumajo anno VI, 9 fiorile anno VII e 1 germile anno XIII, che regolano le formalità con cui debbonsi provare le contravvenzioni fiscali, esigono in tutti i casi la sorpresa degli oggetti, sia che questa abbia per scopo di provare le contravvenzioni che non lasciano alcuna traccia, sia che miri ad assicurare l'identità degli oggetti confiscati; è questa la base indispensabile dell'azione penale, quindi la massima *ove non vi è sorpresa di oggetti non vi è azione*. Noi non pretendiamo applicare questa massima al procedimento contro un delitto comune; nel caso dell'articolo 318 (400) l'azione pubblica senza dubbio è indipendente dalla sorpresa delle bevande adulterate: ma i due paragrafi dell'art. 318 (400) formano due disposizioni distinte; la prima ha per oggetto l'applicazione della pena, l'altra la distruzione delle bevande; or, in questo ultimo caso non debbe forse applicarsi di pieno dritto il principio che regge le materie speciali? come confiscare delle bevande che non sieno state sorprese, come assicurarsi della loro identità, del lor valore? Condannare il delinquente ad una somma ad arbitrio del giudice non è forse sostituire una pena ad un'altra. Questa valutazione, su qualunque base poggi, non è che una evidente aggravazione di pena.

(1) Decis. 21 marzo 1813. Questa Decis. è citata da tutti gli autori, ma nessuno riporta il testo che non trovasi in alcuna raccolta.

(2) Trattato del diritto crim. n. 460.

Forse non sarà inutile cosa far notare che gl'individui condannati in forza delle disposizioni dell'art. 318 (400) non vanno soggetti alla sorveglianza dell'alta polizia; da una banda l'articolo 317 che commina la sorveglianza la limita al delitto preveduto dal suo quarto paragrafo; d'altra parte, l'articolo 315, che in questa sezione statuisce questa pena come regola generale, ne limita l'applicazione ai delitti preveduti dagli articoli precedenti.

§. III.

Della fabbricazione, della vendita ed asportazione d'armi vietate.

La fabbricazione, lo spaccio ed il porto d'armi vietate possono costituire degli atti preparatori di misfatti e delitti; ma staccati da ogni intenzion criminosa, questi atti non costituiscono in loro stessi un reato morale. La legge ha dovuto proibirli perchè essi forniscono facili istrumenti al misfatto, ma chi trasgredisce i suoi divieti non è punito che in ragione della sua disobbedienza. Se questa infrazione si trova classata fra i misfatti l'è perchè le armi vietate ordinariamente si adoperano a commettere misfatti; l'è perchè vi passa un certo legame di complicità, non morale ma materiale, tra colui che fornisce un'arma propria, specialmente se per misfare, e quello che ne fa uso.

L'art. 314 Cod. Penale (150 ll. p.) è così conceputo: « Chiunque avrà fabbricato o spacciato stili, tromboni o qualunque specie d'armi vietate dalla legge o dai regolamenti di pubblica amministrazione, sarà punito con una prigionia di sei giorni a sei mesi. Quello che asporterà dette armi sarà punito con un'amenda da 16 a 200 franchi. In entrambi i casi le armi saranno confiscate; il tutto senza pregiudizio delle pene più gravi, se vi sia luogo, in caso di complicità per misfatto. »

Questo articolo è stato modificato dall'articolo 1.º della legge dei 24 maggio 1834 intorno i detentori d'armi e munizioni da guerra. Il relatore della Camera dei Deputati, proponendo questa modificazione, esprimevasi in questi termini: « La vostra Commissione ha creduto dover aggravare la pena pronunziata dall'articolo 314 del codice Penale contro i fabbricanti e gli asportatori d'armi vietate; nel valutarsi queste pene si era avuto lo sco-

do di togliere un istrumento alle private vendite, e potevano essere a ciò sufficienti; ma siccome la ferocia, istillata nei nostri costumi dalle vendette dei partiti, minaccia di fare di queste armi pericolose degl'istrumenti di assassini politici, noi abbiamo creduto che era uopo raddoppiare di rigore per interdirne l'uso (1). Il relatore della Camera dei Deputati riproduceva queste osservazioni: » L'articolo 1.º del progetto aggrava la pena dell'articolo 314; quest'aggravazione è troppo giustificata dal frequente uso che in tempi a noi vicini si è fatto di queste armi (2). L'articolo 1 della legge è così conceputo: » Chiunque avrà fabbricato, spacciato o distribuito armi vietate dalla legge o dai regolamenti dell'amministrazione pubblica, sarà punito con una prigionia di un mese ad un anno e con un'ammenda di 16 a 200 franchi. Quello che sarà asportatore di dette armi verrà punito con una prigionia di 6 giorni a sei mesi e con un'ammenda di 18 a 200 franchi ». Così questo articolo, benché dettato da motivi essenzialmente politici e perciò di una influenza provvisoria, ha sopperito, in tutti i casi di sua applicazione, l'articolo 214, e ciò risulta implicitamente da una recente Decisione della Corte di Cassazione (3).

Il delitto però non ha cambiato di natura, i suoi elementi rimangono gli stessi; si nel Codice Penale come nella legge del 34 maggio 1834, il fatto imputato non è che una infrazione materiale, scompagnata da ogni circostanza aggravante, da ogni tentativo o complicità di delitto o misfatto; la legge non vede che la fabbricazione, la vendita e l'asportazione di un'arma pericolosa; essa la sorprende in mano di colui che la fabbrica, che la vende, che l'asporta e commina la pena in ragione di questo solo fatto; essa non si muove in vista dell'uso che se ne fa attualmente ma di quello che se ne potrebbe fare; è una legge preventiva, un provvedimento di polizia; tutta la contravvenzione sta nella disobbedienza al divieto legale. Se alla fabbricazione ed all'asportazione dell'arma vietata si accoppia il progetto di un attentato, il pensiero di un misfatto, la contravvenzione si

troverebbe assorbita da questo misfatto che la legge penale potrebbe colpire, quindi andrebbe soggetta ad una pena più grave. Ciò risulta dai termini dell'articolo 314: » il tutto senza pregiudizio delle pene più gravi se vi ha luogo in caso di complicità di misfatto. » così in tale materia, il fatto materiale della fabbricazione, dell'asportazione e della vendita di un'arma vietata è sufficiente per costituire il delitto; la buona fede del colpevole può essere una circostanza che attenua la pena ma non distrugge la infrazione.

Ciò premesso, giova esaminare quali sieno gli atti che rientrano nell'applicazione della legge. L'articolo 314 (150 e 151) non vieta e non punisce che la fabbricazione, lo spaccio e l'asportazione delle armi vietate; l'articolo 1º della legge del 24 maggio 1834 ha aggiunto a questi atti il fatto della distribuzione. Or, siccome ciascuno di questi termini rende la idea di un delitto particolare, così ne conseguiva che non si possano per analogia elevare a delitto dei casi novelli. Epperò, non potrebbe applicarsi a questo articolo il solo fatto della esposizione; per verità, questa potrebbe far presumere il delitto della vendita, potrebbe offrire le tracce per scoprire il fabbricante, ma scompagnata da ogni circostanza non potrebbe esser soggetta a pena, poichè la esposizione non è nè la fabbricazione nè lo spaccio. Sarebbe lo stesso della semplice detenzione dell'arma vietata quando non fosse accompagnata da asportazione (a).

La più grave e forse la sola difficoltà che offre questa materia sta in definire cosa intendasi per *armi proibite*.

Noi abbiamo precedentemente (4) esaminato quali sieno gl'istrumenti che debbonsi qualificare per *armi* quando trovansi in mano dei malfattori nell'atto della esecuzione di un delitto o misfatto, ed abbiamo veduto che in generale questi oggetti attingono la loro qualificazione meno nella loro intrinseca natura che nell'uso cui sono destinati; ora la questione è tutta diversa: non trattasi più di considerare l'asportazione d'armi come circostanza aggravante d'un misfatto o delitto ma ben vero come un reato distinto ed indipendente dagli atti cui può agevolare. Tut-

(1) Monitore del 1. maggio 1834. 1 supplemento e del 15 maggio seguente.

(2) Monitore del 22 maggio 1834, supplemento.

(3) Decis. Cass. 19 giugno 1833, Sirey 1835, pag. 857.

(a) Le leggi Penali delle Due Sicilie comprendono nel divieto dell'art. 151 anche la detenzione delle armi. Vedi appendice.

(4) Ved. tom. 2. p. 81.

to il delitto dunque sta nella natura stessa delle armi fabbricate, vendute o asportate.

Si distinguono due specie di armi: le armi apparenti e difensive, che divengono offensive per accidente; e le armi nascoste e segrete, offensive per la presunzione legale, il cui porto illecito può facilitare gli attentati dei malfattori.

L'asportazione, la fabbricazione e la vendita delle armi ordinarie non sono vietate da alcuna legge. Il diritto di portar le armi appartiene a tutti i cittadini, nè possono essere privati che per pena comminata da sentenza (1). Quanto alla fabbricazione e alla vendita la legge non vieta che quella delle armi da guerra riserbate a fabbricarsi per conto dello Stato; l'articolo 5 della legge dei 24 maggio 1834 dopo aver ricordato questo divieto aggiunge: « La presente disposizione non è applicabile alle professioni di armajuolo e di fabbricante d'armi di commercio, le quali rimangono sottoposte alle leggi e regolamenti speciali che le riguardano.

Le armi vietate sono quelle la cui asportazione, fabbricazione o vendita sono state proibite dalla legge o dai regolamenti della pubblica amministrazione.

L'articolo 314 specifica gli stili, i tromboni.

Il decreto del 2 nevosio anno XIV avea già proibiti i fucili e le pistole a vento; il suo articolo 1° è così concepito: « I fucili e le pistole a vento sono dichiarate comprese tra le armi offensive, pericolose, nascoste e segrete di cui la fabbricazione, l'uso e l'asportazione sono interdetto dalle leggi. »

Il decreto dei 12 marzo 1806 era trascorso più oltre, rimettendo in vigore la dichiarazione del 23 marzo 1728; questo decreto porta testualmente: « La dichiarazione del 23 marzo 1728, concernente l'asportazione d'armi, sarà stampata in continuazione del presente decreto e messa in osservanza. »

Questa dichiarazione è così concepita: « Prescriviamo che per l'avvenire rimanga proibita qualunque fabbrica, commercio, vendita, spaccio, asportazione ed uso di *pugnali, coltelli*, in forma di *pugnali*, sia di tasca, sia

di vagina, di *bajonetta, pistola di tasca, spada dentro i bastoni, bastoni*.

Tali sono i regolamenti che hanno indicate le armi nascoste e segrete. Alcuni dubbi si erano elevati su la forza regolamentaria della dichiarazione del 23 marzo 1728; la Corte di Cassazione li ha dileguati con una decisione i cui motivi principali sono: « che ai termini dell'art. 314 (150 e 151), la fabbricazione, lo spaccio e l'asportazione d'armi vietate dalla legge e dai regolamenti di pubblica amministrazione sono classate fra i delitti, e i delinquenti dichiarati soggetti alle pene comminate dal detto articolo; che ai termini dell'art. 484 (470) le corti e i tribunali debbono osservare le leggi e i regolamenti speciali in tutte le materie che non sono regolate dal Codice penale; che l'asportazione d'armi è tra le materie le quali vanno rette da leggi e regolamenti speciali, ed è formalmente compresa nel discorso pronunziato dall'oratore del governo in presentare al corpo legislativo il libro 4 del Codice penale e i motivi del detto articolo 484 (470); che la dichiarazione del Rè del 23 marzo 1728, richiamata in vigore dai decreti del 2 nevosio anno XIV e 12 marzo 1806, è una legge ed un regolamento di amministrazione pubblica, e però debb'essere osservato dalle corti e tribunali in quelle disposizioni che non sono state modificate da leggi posteriori, quanto alla natura e alla quantità delle pene ed ammende (2). Noi non abbiain ragione alcuna per non adottare questa interpretazione, considerando però la dichiarazione del 23 marzo 1728 non come una legge ma come un regolamento cui il decreto dei 12 marzo 1806 ha dato la sua forza legale in questa materia.

Due quistioni si sono elevate intorno alle armi proibite da questa dichiarazione: una è relativa alle *pistole da tasca*; la Corte di Cassazione non avea dubitato a riguardar queste pistole come armi vietate, poggiandosi alla dichiarazione del 1728 che comprende espressamente queste armi tra quelle che essa qualifica offensive, nascoste e segrete (3). Questa giurisprudenza fu tutto a un tratto rovesciata: la Corte di Orleans, innanzi a cui erasi presentata la quistione, disepellì un decreto del 14 dicembre 1810 contenente re-

(1) Ved. t. 1° pag. 58, vedi anche l'avviso del Consiglio di Stato dei 17 maggio 1811, e l'ordinanza del 1669, tit. 30, art. 5, e Bruxelles Cass. 16 feb. 1816; Giorn. di Brus. 1816, 1, 182; Dalloz, 3, 7 e 22; Legraverand, 3, 362 e n. 295.

(2) Decis. cass. 26 agosto 1824. Sirey, 1825, t. 1, p. 19.

(3) La stessa decisione.

golamento per le armi da fuoco fabbricate in Francia e destinate al commercio: questo decreto non stabiliva per massima che le pistole da tasca fossero delle armi lecite; ma il suo articolo 8 sottometteva i fabbricanti d'armi di commercio alla prova e al marchio del punzone di approvazione. L'artic. 9 determinando il modo come provare le pistole da tasca aggiungeva: il carico di una pistola da tasca sarà di quattro dramme.

La Corte di Orleans vide in questa disposizione « un'autorizzazione, implicita ma necessaria, di fabbricare e spacciare pistole da tasca », e in conseguenza ravvisò in essa un'abrogazione della ordinanza del 1728 rispetto agli armaiuoli (1). Essendosi portato ricorso contro questa decisione, fu rigettato per motivo « che il decreto del 14 dicembre 1810 ha virtualmente derogato alla dichiarazione del 23 marzo 1728, nella parte con cui essa proibiva in modo assoluto e per sempre la fabbricazione, la vendita e l'asportazione di pistole da tasca (2).

Tale *arresto* metteva in mostra una lacuna pericolosa per la legislazione, poichè i motivi di sicurezza e di ordine pubblico, che han fatto stabilire in tutti i tempi la proibizione delle pistole da tasca, conservano tutta la loro forza. Per ovviare a ciò, e per rimettere in vigore le antiche proibizioni, il governo ebbe ricorso ad un nuovo regolamento di amministrazione pubblica. L'ordinanza del 22 febbraio 1837 porta: « Le pistole da tasca sono vietate. » Così questo novello divieto stà in luogo delle antiche disposizioni su questo punto, ma anche esso ha neglittato di definire gli elementi caratteristici dell'arma che proscriveva. A quai segni distinguere una pistola da tasca? qual lunghezza debbe avere per riputarsi tale? dee forse non eccedere otto, dieci o dodici pollici? Tale questione importante, perchè base della imputazione, rimane tutta intera nell'arbitrio dei tribunali correzionali; e siccome è tale che va risolta con elementi di fatto, così dal silenzio del legislatore vengono delle soluzioni contraddittorie che si sarebbero dovute evitare.

L'altra questione è relativa a quelle paro-

le dell'ordinanza del 1728 ed *altre armi offensive, nascoste e segrete*. È forse necessario che l'arma vietata sia espressamente menzionata dai regolamenti? Se essa è segreta ed offensiva di sua natura, non trovasi forse *ipso jure* compresa nei termini dell'ordinanza? La Corte di Cassazione ha risoluto questo dubbio affermativamente per un bastone animato da un'arma da fuoco; la sua decisione porta « che la dichiarazione del 1728 non vieta solamente le armi ivi specificate, ma in modo generale ed assoluto tutte le armi offensive nascoste; che dai fatti della sentenza costava che le canne sorprese e riconosciute dall'imputato come appartenenti alla sua fabbrica, contengono un'arma offensiva talmente nascosta da esser impossibile scoprirla colla semplice ispezione oculare, ma che smontata e messa in setto nei diversi pezzi presenta ad un'ora un fucile ed una pistola; che secondo questi fatti l'imputato dovea andar soggetto all'articolo 1 della legge del 24 maggio 1834 (3). Forse per seguire il vero spirito dell'articolo 314 sarebbe stato mestieri che ogni arma proibita fosse stata nominatamente designata da un regolamento: ma questo articolo e l'articolo 1 della legge del 24 maggio 1834 si contentano di proscrivere le armi proibite dalla legge e dai regolamenti. Poichè dunque un regolamento, riconosciuto legale e valido, dichiara proibite tutte le armi offensive, nascoste e segrete, questa definizione generale equivale ad una designazione nominativa, e spetta ai giudici indagare in ciaschun'arma i caratteri che costituiscono l'arma proibita; è cosa inutile aggiungere che questi caratteri debbono per necessità essere rifermati dalla sentenza.

Crediamo utile un'altra osservazione intorno a tal snbjetto. L'articolo 315 del Codice Penale porta: « che oltre la pena correzionale menzionata negli articoli precedenti i tribunali potranno sottomettere il condannato alla sorveglianza dell'alta polizia per un tempo non minore di due nè maggiore di dieci anni » (alla mallevoria per l'articolo 151 II: p.). Questo articolo è stato indirettamente modificato in ciò che concerne il delitto prevenuto dall'articolo 314. Di fatti, alle pene pronunziate da questo articolo si trovano di presente sostituite quelle comminate dall'arti-

(1) Decis. 29 agosto 1836. Giorn. del dritto crim. 1836, p. 240.

(2) Decis. cass. 7 ott. 1836. Sirey, 1836, I, 1; p. 709.

(3) Decis. Cass. 19 giugno 1835; Sirey, 1835, I, 1, p. 857.

colo 1 della legge dei 24 maggio 1834. Or, l'articolo 11 di questa legge è così conceputo: « *In tutti i casi preveduti dalla presente legge, se sieno circostanze attenuanti sarà applicato l'artic. 463 del Codice Penale; nondimeno i condannati potranno sempre esser messi sotto la sorveglianza dell'alta polizia per un tempo che non può eccedere il minimum della prigionia pronunziata dalla legge.* » Così, ai sensi di questo articolo non ché dell'articolo 315 il rinvio sotto la sorveglianza è facoltativo rispetto i condannati per armi vietate; ma secondo l'artic. 315, se questa pena è inflitta non può esser per meno di cinque anni, mentre secondo l'articolo 11 della legge dei 24 maggio 1834 la sorveglianza non può eccedere il *maximum* della pri-

gionia comminata dalla legge, cioè a dire un anno. Or non v'ha dubbio che questo articolo debba esser messo in accordo con l'articolo 1 della legge dei 24 maggio 1834; di fatti, questa due disposizioni appartengono alla stessa legge, allo stesso sistema penale; or, avendo l'articolo 1 di questa legge abrogate le pene principali prescritte dall'articolo 314 del Codice Penale per sostituirvi delle altre, non puossi riguardare come tuttor vigente una pena accessoria cominata dallo stesso codice, e dirla annessa a questa legge novella, mentre che essa ha statuito su questa pena accessoria come su la pena principale; noi dunque ci avvisiamo non potersi ora applicare che l'articolo 11 di questa legge.

CAPITOLO IX.

DELL'OMICIDIO, DELLE PERCOSSE E DELLE FERITE INVOLONTARIE.

Caratteri generali di questo reato — L'omicidio, le ferite e le percosse casuali ed involontarie non vanno soggette ad alcuna pena — Il reato non comincia ad aver vita che quando l'omicidio e le ferite sieno conseguenza di una colpa — Quali sono le colpe che rendono responsabile l'agente — Necessità di provare l'imprudenza, la disattenzione, la negligenza o l'inosseranza dei regolamenti — Caratteri diversi di queste diverse colpe — La levatrice che in un parto difficile non abbia invocata l'opera del medico; l'ufficiale di sanità che ha proceduto ad una operazione difficile senza esser assistito da un dottore; il medico che abbia diretta una operazione chirurgica con poca destrezza o imprudenza possono mai esser accagionati di omicidio commesso per imprudenza? — Il cacciatore che ingannato da uno strepito uccida un uomo nella caccia può esser imputato di omicidio per disattenzione? — può esserlo chi calpesta una persona guidando una vettura? — L'omicidio per inosseranza de' regolamenti è imputabile a colui che vende commestibili guasti; al conciatelli che non abbia con segnali dato avviso del suo lavoro — al padrone di un animale feroce che lo lascia errare in un luogo pubblico — Modo di conciliare l'articolo 319 e 320 (375 e 376). Questi articoli si applicano agli stessi fatti — Commentario degli articoli 319 e 320 del Codice Penale (375 e 376 LL. P.)

Si distinguono tre specie di omicidi: l'omicidio volontario (*homicidium dolosum*); l'omicidio accidentale (*homicidium casuale*); e l'omicidio che non è nè volontario nè accidentale, cioè a dire quello che è commesso

senza intenzione di uccidere, ma che è conseguenza di una colpa qualunque (*homicidium culposum*). La stessa distinzione vige per le percosse e ferite.

Nei capitoli precedenti abbiain disaminato

le diverse specie dell'omicidio, delle percosse e ferite volontarie. Ora ci facciamo a parlare dell'omicidio casuale, e di quello che è commesso, non per dolo, ma per conseguenza di una colpa.

L'omicidio puramente accidentale non costituisce reato. Ed in vero, come imputare ad uno un avvenimento che egli non ha potuto né prevedere né prevenire? *Ea quae ex improviso casu potius quam fraude accidunt, non noxae imputantur* (1). Jousse avea fatto tesoro di questo principio del dritto Romano. « L'omicidio puramente casuale non va soggetto a pena, poichè non è accompagnato da alcuna colpa o imprudenza, nè si debbono in questo caso danni o interessi civili (2). » Queste parole eran state quasi testualmente copiate nel codice del 1791 (2 p. tit. 2. art. 1): « In caso di omicidio commesso involontariamente, se si provi che avvenne per mero accidente, che non fu l'effetto di una qualunque negligenza o imprudenza, non vi è reato nè puossi pronunziare alcuna pena, o alcuna condanna civile. » Il nostro Codice ha implicitamente mantenuto in vigore questo principio, non apponendo a reato che l'omicidio commesso per conseguenza di una colpa; la esposizione dei motivi ha con maggiore chiarezza espresso questo pensiero della legge: « Se l'omicidio o le ferite sien state commesse involontariamente, per effetto di circostanze fortuite, per una di quelle cagioni impossibili a prevedersi, che non dipendono da alcuna negligenza o imprudenza da parte dei loro autori, quest'omicidio casuale è un accidente e non un attentato, esso non era nella volontà dell'agente nè si poteva da lui prevedere; non presenta nè misfatto nè delitto. »

L'omicidio casuale è quello che non solamente non è conseguenza di alcun dolo, ma nè anche d'alcuna colpa da parte di chi l'ha commesso: *casuale dicitur homicidium quod casu inopinato, nullo prorsus dolo, nulla culpa interveniente vel praecedente committitur* (3). Alcuni dottori facevan distinzione tra quello che derivava da un caso fortui-

to (casu fortuito) e quello che veniva da caso impreveduto (ex casu improvviso): quest'ultimo omicidio supponeva nell'agente se non una colpa, almeno un fatto imputabile che avea preceduto l'omicidio (4). Questa distinzione non può più valere.

L'omicidio sarebbe dunque puramente casuale quando, per esempio, fosse prodotto dalle armi dei soldati che si esercitavano nei luoghi addetti ai loro esercizi: *si id a milite in eo campo ubi solitum est exercitari, ad missum est, nulla culpa ejus intelligitur* (5); se fosse stato cagionato dagli operai lavoranti in un bastimento purchè avessero essi usata la precauzione di avvertire quelli che transitavano per colà, o messo un segnale: *si proclamavit nec ille curavit praecavere, estia culpam est* (6); se fosse stato prodotto dal rasoio di un barbiere che, mentre esercitava il suo mestiere nella propria bottega è stato violentemente urtato da un terzo (7) o per la caduta di una campana in alto che se ne agitava a suono il martello (8).

L'omicidio commesso senza intenzione di nuocere ma per effetto di una colpa qualunque è imputabile al suo autore: la colpevolezza di lui non sta nel dolo, nella volontà di fare il male che ha cagionato, ma nella mancanza di preveggenza o di precauzione; egli è reo di una colpa, e quando questa colpa abbia avuto il risultamento di togliere la vita ad un uomo, la coscienza pubblica reclama una riparazione. « Tanto è, diceva la esposizione dei motivi, il valore che la legge dà alla vita degli uomini, che essa punisce l'omicidio quantunque dichiarato involontario, quando non va scevro di colpa. Chiunque per inosservanza dei regolamenti, disaccortezza, imprudenza, disattenzione o negligenza avrà commesso involontariamente o data occasione ad un omicidio o a delle ferite non sarà colpevole di omicidio volontario; egli presenterà alla giustizia una coscienza pura del sangue che ha versato: ma questo sangue qualunque sparso involontariamente pure è sangue di un uomo; se esso non grida vendetta chiede però e debbe avere espiazione. »

(1) Bartolo in l. fin. C. de sicariis; L. 52 in fine, D.g. ad legem aquilam; Farinacius, quaest. 126, n. 56 e seg. Damhouderus, prax. crim. cap. 85.

(2) Tratt. delle mat. crim. t. 3. p. 523.

(3) Bartol. in l. respiciendum, n. 3, D. de poenis. Giulio Claro, §. homicidium, n. 2; Farinacius, quest. 126, n. 57; Damhouderus in prax. crim. cap. 85.

(4) Farinacius, quest. 120, n. 57; l. 1, §. 8. D.g. de sicariis.

(5) Instit. lib. 4. tit. 3. de lege aquila, §. 4.

(6) Ibid §. 5.

(7) Inst. de leg. Aquil. §. 4; cornel. art. 146.

(8) Carrerius, in prax. crimin. tract. de homicid. §. 14; Farinacius, quaest. 126, n. 38.

Nel nostro antico diritto, l'omicidio commesso per colpa non andava soggetto che ad una pena semplicemente *soddisfattoria*, secondo la espressione di Muyart de Vouglans, verso la parte che avea sofferto l'omicidio. Era però uopo che l'imputato confessasse in certo modo il suo fallo, chiedendo delle lettere di grazia dal cancelliere delle Corti del parlamento (1). Quando l'omicidio era puramente casuale, l'imputato con le lettere di grazia era esentato da ogni pena anche dalla pecuniaria, quando però il fatto derivava da colpa, le lettere accordavano alla parte lesa delle riparazioni civili (2).

Il legislatore del 1791 avea classato l'omicidio involontario tra i delitti correzionali quando fosse il risultamento della negligenza e della imprudenza. L'articolo 2 del tit. 2 del Codice dei 27 settembre—6 ottob. 1791 portava: « In caso di omicidio commesso involontariamente, ma per effetto della imprudenza o negligenza di chi l'abbia commesso, non vi è reato e l'imputato sarà assoluto; ma in questo caso i giudici statuiranno de' danni — interessi ed anche delle pene correzionali secondo le circostanze. » L'articolo 15 del titolo 1 legge dei 19-22 luglio 1791 avea fissate queste pene e queste circostanze. « In caso di omicidio denunziato come involontario, o dichiarato tale dal Giuri, se sia conseguenza d'imprudenza o negligenza, il suo autore sarà condannato ad un' ammenda che non può eccedere il doppio delle sue contribuzioni mobiliari, e se vi sia luogo, ad una prigionia che non può eccedere un anno. »

L'articolo 319 del Codice penale (375 ll. p.) ebbe per scopo di generalizzare i casi preveduti da questo articolo, e di metter riparo alle inconvenienze di una pena che, non fissata ad un *minimum*, dava campo ad una eccessiva indulgenza; questo articolo è così conceputo: Chiunque per disaccortezza, imprudenza, disattenzione, negligenza o inosservanza dei regolamenti commetta involontariamente un omicidio, o ne sarà involontariamente la cagione sarà punito con una prigionia da tre mesi a due anni, e con un' ammenda da 50 a 600 franchi, (2° al 3° grado di prigionia per le leg. delle due Sicilie).

Da questo articolo derivano due corollari

che dominano tutta la materia; # primo si è che l'omicidio involontario non accompagnato da alcuna delle colpe nell'articolo menzionate, non costituisce reato; la seconda che l'omicidio involontario va soggetto a pena solo quando è commesso per disaccortezza, imprudenza, disattenzione, negligenza o inosservanza dei regolamenti. Queste sono le sole colpe che possono render l'agente soggetto ad una pena.

In generale, e secondo il principio stabilito negli articoli 1382 e 1383 del Codice civile (1336 e 1337 ll. cc.) ogni fatto qualunque dell'uomo che arreca danno ad altrui obbliga al risarcimento chi l'ha cagionato, e l'asprime a rispondere del danno recato non solo col proprio fatto ma ancora colla sua negligenza o imprudenza. Questa obbligazione puramente civile diventa più gravosa quando l'imprudenza o la negligenza abbia per conseguenza un omicidio: la vita umana è tanto preziosa che la sua perdita imprime all'azione che l'abbia cagionata un carattere più grave; la semplice colpa veste le sembianze di delitto. La moralità di questo delitto, la reità secondaria e speciale che la legge ha voluto colpire, sta tutta in quella colpa di cui l'omicidio fu conseguenza. È questo l'elemento morale del delitto, la condizione della sua esistenza.

Da ciò ne conseguiva in primo luogo che la colpa, qualunque siasi, onde venne l'omicidio, debbe necessariamente esser provata sia dalla sentenza, quando il delitto di omicidio involontario è stato portato innanzi alla giurisdizione correzionale, sia dalla dichiarazione del Giuri, quando la quistione relativa a questo delitto è stata presentata come risultante dal dibattimento in un'accusa di omicidio volontario.

La seconda conseguenza si è che solo le circostanze enumerate dall'articolo 319 (375) possono costituire il delitto: sono queste le sole colpe che parvero gravi abbastanza da vestire questo carattere; la legge con enumerarle ha definita la natura della reità che volle punire. La Corte di Cassazione ha adottato questo principio dichiarando con molte Decisioni: « che l'omicidio involontario punito correzionalmente dall'articolo 319 (375) è, secondo lo stesso articolo, quello che è commesso per disaccortezza, imprudenza, disattenzione, negligenza, o inosservanza dei regolamenti; che non concorrendovi nessuna

(1) Ord. 1670, tit. 26, art. 2; dichiaraz. dei 20 nov. 1683, 10 agosto 1686, 27 feb. 1703.

(2) Leg. crim. p. 169; Serpillon, t. 1, p. 751.

di queste cinque circostanze, l'omicidio puramente involontario non costituisce nè misfatto, nè delitto nè contravvenzione; e non dà luogo all'applicazione di alcuna pena (1).

Ma cosa significano le parole: *disaccortezza, imprudenza, negligenza, inosservanza dei regolamenti* che nel sistema della legge sono l'elemento costitutivo del reato? Questi atti non furono mica definiti; il legislatore ha lasciato ai giudici la cura di estimare i fatti che egli ha semplicemente enunciati. Sarebbe difficile, del pari che inutile cosa, supplire al suo silenzio tentando delle astratte definizioni: noi dunque ci limiteremo a fissare il significato di ciascuno dei termini della legge, percorrendo le diverse specie nelle quali furono o potranno essere applicate.

La prima delle colpe prevedute dalla legge è la *disaccortezza*. In questa espressione si allogano due classi di fatti: alcuni che derivano da una disaccortezza puramente materiale, altri dalla imperizia o dalla ignoranza.

Quello che sta potando degli alberi e gettando sulla via pubblica un ramo ferisce chi per la transitava (2), il muratore che si lascia cadere una pietra che teneva in mano, l'architetto cui scrolla un tavolato malconnesso (3) rientrano nella prima classe; in questa può anche allogarsi l'esempio addotto dai dottori di una pietra, lanciata con poca destrezza contro un cane, che colpisce ed uccide una persona che passava. Ma convien forse distinguere con questi autori se la pietra sia stata o pur no lanciata nel caso di legittima difesa, *ad sui necessariam defensionem* per non vedere omicidio colposo, (*homicidium culposum*) che nel primo caso (4)?

Noi crediamo di no: se non era mica necessità scagliare la pietra, l'agente è ad un tempo colpevole d'imprudenza e disaccortezza; se per contrario, scagliandola non faceva che difendersi, la necessità di questa difesa non distrugge la sua disaccortezza, in quest'ultima ipotesi la colpa è senza dubbio meno grave ma non cessa di essere colpa, essa rientra evidentemente nei termini della legge.

I fatti di disaccortezza che derivano per così dire da una causa morale sono quelli che vengono dalla ignoranza e dalla imperizia del loro autore: « Nel novero dei danni cagionati da tali colpe, dice Domat, uopo è mettere quelli che derivano dalla ignoranza delle cose che debbono conoscere. Così, quando un artigiano, per non sapere ciò che è del suo mestiere, fallando cagiona qualche danno è tenuto a risarcirlo (5).

Questo principio si applicherebbe al carpentiere che avesse messo delle stanghe troppo deboli e cagionato così per sua colpa la caduta dell'edificio, se questa caduta avesse prodotta la morte di una o più persone: quest'omicidio è conseguenza immediata di un fatto che gli è imputabile e che costituisce una colpa, quindi va compreso in queste disposizioni della legge.

Si applicherebbe ancora all'architetto o all'appaltatore che avesse elevato un edificio la cui caduta, cagionata da vizio di costruzione, avesse ucciso o ferito alcuno. L'articolo 1792 del Codice civile (2176 ll. cc.) pronunzia in questo caso una responsabilità civile per dieci anni, se lo scollamento sia in tutto o in parte derivato da vizio di costruzione o da vizio del suolo: la ragione si è che il costruttore debbe conoscere le regole della sua arte e metterle in pratica per prevenire tali scollamenti; or, se quando non ne sia derivata alcuna lesione corporale per le persone, la sua imperizia l'obbliga al risarcimento del danno, come mai questa colpa non diventerebbe elemento del delitto di omicidio involontario quando avesse cagionato un omicidio? Iousse, che cita questo esempio, non dubita di allogarlo in questa categoria di delitti (6).

Da ultimo, questo principio debbe applicarsi anche ai medici che per la loro imperizia e l'ignoranza delle regole dell'arte sieno stati causa di un omicidio o di ferite gravi. La legge Romana assoggettava a pena il medico quando la morte dell'infermo fosse stata conseguenza di una grave colpa di lui: *quod per imperitiam commisit medicus im-*

(1) Decis. cass. 28 giugno 1822, 16 ott. 1826.

(2) Si putator, ex arbore dejecto ramo, servum tuum transeuntem occiderit, si prope viam publicam, culpa reus est. (Inst. de leg. Aquil. § 5.)

(3) Iulius Clarus, § *homicidium*, n. 4; Farinacius, quest. 87 n. 45.

(4) Farinac. quest. 126, n. 17; Menochio caso 324, n. 4.

(5) Leggi civ. lib. 2, Sez. 4, n. 5.

(6) Tratt. delle mat. crim. t. 3, p. 523. È però da notare che Iousse cita a torto, in appoggio della sua opinione, Giulio Claro e Farinacius; questi due autori si limitano a parlare del caso della caduta di un tavolato mal connesso il quale è molto diverso da quello in esame.

putari ei debet (1). La legge Aquilia avea estesa questa responsabilità alle cure prestate agli schiavi: il medico che avea incominciato a curare o che avea cagionato la morte con rimedj dati inopportuna mente n'era responsabile: *Si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem ejus et ob id mortuus fuerit servus, culpa reus erit... si medicus servum tuum occiderit quia male eum secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit* (2). La ragione n'è che l'imperizia è un grave fallo in colui che fa professione di un mestiere, *quia unusquisque peritiam in arte sua praestare debet* (3).

Montesquieu, dopo aver ricordate queste leggi, che però non condannavano il medico nè alla deportazione nè alla morte, come egli pretende, aggiunge: « Le leggi di Roma erano state fatte in circostanze diverse dalle nostre: in Roma potea farla da medico chiunque avesse voluto, ma presso di noi i medici sono assestati a fare certi studj ed ascendere ai gradi dottorali, presumesi dunque che essi conoscano la loro arte (4). » Tutto quel che deriva da tali osservazioni, come ha notato il proc. gen. Dupin in una delle sue requisitorie, si è una presunzione in favore dei medici: ma questa presunzione può esser distrutta dai fatti. tutto sta dunque nelle prove (5). Ed invero, l'antica giurisprudenza presenta molti esempi di condanne pronunziate contro medici per causa d'imperizia (6). Si è solamente elevato qualche dubbio sul punto di sapere: se tali condanne si pronunziassero in linea criminale. Ma questo dubbio par che sia dileguato dal lousse: « Se il medico o il farmacista, egli dice, per semplice negligenza o imperizia avesse cagionato la morte a qualcuno co-

suoi rimedj, di cui si fosse dimostrato dai periti di aver egli fatto un uso inconsiderato e temerario, *debbe esser punito arbitrariamente* secondo le circostanze, ed inoltre condannato ai danni e interessi in pro delle persone offese o eredi del defunto (7). Tale era anche la opinione di Farinacio (8). Damuderio stabilisce lo stesso principio: *In his omnibus casibus in quibus medicus aut chirurgicus peccat culpa lata puniendus est, non ex aliquo senatus consulto, sed poena aliqua mitiori et pecuniaria, aut certe extraordinaria ad arbitrium ipsius judicis* (9).

Noi non scorgiamo ragione alcuna per non applicar tuttavia questo principio di responsabilità penale e per non estendere le disposizioni degli articoli 319 e 320 (375 e 376) agli uomini dell'arte che, per loro disaccortezza o imperizia, sien stati causa di un grave accidente. E per fermo, questi articoli nella generalità delle loro espressioni abbracciano sì gli uomini dell'arte come ogni altro individuo che arrechi casualmente delle ferite o commetta un omicidio involontario. Per ammettere una eccezione la si dovrebbe trovar scritta nella legge, ma non v'ha parte di esse che ne faccia parola, ed invano si è tentato ravvisarla nella legge del 19 ventoso anno XI relativa all'esercizio della professione della medicina. L'articolo 29 di questa legge ingiunge all'ufficiale di salute, in caso che debba eseguire delle gravi operazioni chirurgiche, di chiamare un dottore di medicina se ve n'è alcuno sopra luogo, ed, in caso di gravi accidenti sopravvenuti dopo una operazione eseguita senza tale ispezione, questo articolo aggiunge che *egli potrà esser condannato ad una indennità*. Si è primamente preteso che questo articolo metta in vigore una eccezione all'articolo 319 (375); ma qui non trattasi che di gravi accidenti e non già della morte dell'infermo; la legge speciale prevede il caso in cui l'uomo dell'arte non si sia conformato alle regole della sua professione e non già quello in cui siasi errato per disaccortezza; da ultimo, essa non esclude affatto l'applicazione di una pena, dappoichè il fallo commesso dal cerusico rientra nei termini della legge penale. In secondo luogo si è detto che la legge di-

(1) L. 6, § 7, Dig. de officio praesidis.

(2) Instit. de leg. Aquil. § 6 e 7; l. 7 c 8 Dig. ad leg. Aquil.

(3) L. 13 Dig. de regulis juris.

(4) Spirito delle leggi, l. 29, cap. 14, §. 2 — La leg. Dig. ad leg. Cora. de Sicariis, citata dal Montesquieu, non si applicava ai medici che quando avessero operato per dolo; eal questo autore confonde nello stesso paragrafo due fatti distinti: l'omicidio volontario nella legge Romana e l'omicidio involontario nella legge francese. ved. Damuderio, cap. 77, n. 23.

(5) Requisit. nella causa Thourret — Morry (Decis. cass. 18 giugno 1835); requisit. del Sig. Dupin, tom. 3, p. 263.

(6) Papon, raccolta degli arresti, lib. 23, tit. 8; Brillon, Dizionario degli arresti, ved. chirurgo.

(7) Tom. 3, p. 525.

(8) Quist. 87, num. 45.

(9) Praxis, crim. cap. 28 n. 77.

chiara responsabile l'ufficiale di salute ma non estende questa disposizione al dottore di medicina, che siccome quest'ultimo con la sua sola sorveglianza tutela da ogni responsabilità il cerusico così egli stesso debb'essere *irresponsabile*. Questa conclusione manca di esattezza. La legge non dice che il dottore di medicina non è tenuto a rispondere dei fatti di disaccortezza, e d'ignoranza che possono essergli imputati; essa dice soltanto che il cerusico potrà esser soggetto a domanda di risarcimenti a cagione dei gravi accidenti sopravvenuti dopo una operazione praticata senza l'assistenza di un medico, da ciò viene questa sola differenza che il medico è responsabile soltanto a causa dei gravi falli che commette nell'esercizio della sua arte, mentre che pel cerusico il solo fatto di non aver richiesto l'assistenza di un medico è una negligenza bastevole a renderlo responsabile se la sua operazione sia seguita da gravi accidenti; e per motivare l'applicazione della legge del 29 ventoso anno XI non è necessario allegare altra colpa nell'esercizio della medicina.

L'applicazione degli art. 319 e 320 Cod. Pen. (375 e 376 Il. p.) alla ipotesi qui discussa non va soggetta che ad una sola obiezione di rilievo. Come valutare con giustezza se il medico in tale circostanza siasi conformato alle regole della sua arte, o se sienes imprudentemente allontanato? Possono mai i tribunali farsi a giudicare i metodi ed i sistemi che dividono la scienza, a riprovare ciò che l'uomo dell'arte ha fatto, a decidere ciò che egli avrebbe dovuto fare? Non v'ha dubbio che i tribunali non debbono ingerirsi nelle quistioni della scienza; la loro missione si limita ad accertare se l'omicidio o la ferita sieno risultamento di un fatto d'imprudenza, di disaccortezza o di negligenza. Or, questa missione diventerà più facile se l'azione penale non si muova che solo quando l'atto di disaccortezza o d'imperizia sia evidente, per esempio, nel caso che il medico abbia prescritta una droga per un'altra, o siasi ingannato sulla dose della medicina; minore sarà anche la difficoltà di questa valutazione nel caso di una operazione chirurgica, ove la disaccortezza dell'operatore può esser facilmente provata. Ma, a dirla in uno, se gli ostacoli che si frappongono alla valutazione del fatto fossero sufficiente motivo per rigettare l'azione penale, dovrebbe valere lo stesso principio contro l'azione dei danni-interessi che poggia evidentemente su

la stessa prova; pure quest'azione, che prende origine negli articoli 1382 e 1383 del Codice Civile (1336 e 1337) fu, come abbiamo veduto, proclamata dalla stessa legge che si è in modo speciale occupata dell'esercizio della medicina (1). La sola conseguenza che puossi tirare da questa difficoltà della materia si è che simili procedimenti non debbonsi avviare che con estrema circospezione, e solamente quando il fatto di disaccortezza sia notorio. Ma ristretto in questi limiti, a noi pare che il principio della responsabilità penale debba senza dubbio esser applicato agli uomini dell'arte nello stesso esercizio della loro professione. In questo senso si è costantemente pronunziata la giurisprudenza (2).

La seconda colpa preveduta dall'articolo 319 (375) è l'imprudenza. « L'omicidio commesso per imprudenza, dice Jousse, è quello che il suo autore avrebbe potuto evitare se fosse stato prudente e preveggennte (3). Gli autori citano un gran numero di esempi.

Così, noi abbiamo veduto che se un barbiere, esercitando il suo mestiere nella propria bottega è spinto da un terzo e per un moto involontario ferisce la persona cui sta radendo la barba, la ferita o l'omicidio che ne deriva è un fatto puramente casuale; ma se il barbiere siasi avvisato di andare a radere le barbe nella piazza pubblica in mezzo della folla, egli diventerà colpevole degli accidenti cagionati dalla sua imprudenza (4).

Così, se un soldato esercitandosi alle armi, in un luogo specialmente destinato a questo esercizio, uccide una persona che si è imprudentemente cacciato in mezzo, non vi è colpa da parte sua; ma diventa colpevole d'imprudenza se dassi a questo esercizio in luogo non addetto a questo uso. Tale è anche la sentenza degli Istituti: *culpa reus est. si in alio loco quam quo ad exercitamentum militibus destinatus est, id admiserit* (5).

(1) La Corte di Bruxelles ha ritenuta la responsabilità dei medici con Decisione dei 12 gennaio 1823. Giorni di Bruxelles, 1823, 2, 183.

(2) Decis. Cass. 18 sett. 1817. Dalloz, 28, 279; Sirey, 1818, t. 1, p. 115; Decis. Angers, 1° aprile 1833 e Parigi 6 luglio 1833 (giorn. del dritto crim. 1833, p. 176); Decis. Cass. cam. dei ricorsi, 18 giugno 1835. Sirey, 1835, 1, 401.

(3) Tom. 3, p. 500.

(4) Farinacio, quist. 126. num. 17.

(5) Inst. de lege Aquilia, § 4.

Così, l'uomo che cade casualmente dal tetto di una casa, e nella sua caduta schiaccia qualcuno che passa per sotto, non può incorrere alcuna responsabilità perchè l'omicidio è puramente casuale (1). Ma se costui si precipita volontariamente o se cade per sua imprudenza, come sarebbe del muratore che avesse asceso un tetto nello stato di ubbriachezza, l'omicidio cagionato dalla sua caduta potrebbe essergli imputato, perchè dovea prevedere il pericolo di che minacciava gli altri, ed astenersi da un atto che potea portare a fatali conseguenze (2).

Così, da ultimo, le madri e le nutrici che per imprudenza soffocano i bambini che allattano (3); gli individui che in uno stato di volontaria e completa ubbriachezza commettono omicidi o ferite (4); i cocchieri e carrettieri che, sia per la loro disaccortezza, sia per la loro impotenza non abbian potuto tenere a freno i loro cavalli ed abbian cagionati degli accidenti nel loro passaggio (5); tutte queste persone rientrano nei termini delle leggi penali, perchè a ciascuna può imputarsi una imprudenza, una colpa. Questo ultimo caso era preveduto dalle Istituzioni: *Culpa tenetur... qui cum equo veheret impetum ejus aut propter infirmitatem aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.*

Il terzo caso preveduto dall'articolo 319 (375) è la *negligenza e la disattenzione*. Questa colpa sta nella omissione o dimenticanza di una precauzione dettata dalla prudenza, mercè la quale si sarebbe evitato l'omicidio o le ferite; gli autori citano ad esempio il muratore e il conciatetti che lasciassero cadere pietre o tegole, onde fosse rimasto ucciso o ferito chi vi passava per sotto, per non aver presa la doppia precauzione di mettere

un segnale per avviso del pericolo, e di gridare ai passeggeri di starsi in guardia (6). La stessa sentenza si dovrebbe applicare al proprietario che trascurasse di mettere un lume su le macerie ammucciate innanzi la porta, o sugli scavi fatti nella strada pubblica; a coloro che lasciano vagare i matti che sono sotto la loro custodia, o animali malefici e feroci che loro appartengono; ai conduttori delle vetture che non si sieno sempre tenuti d'appresso i loro cavalli, quando ciascuno di questi fatti di negligenza abbia dato causa ad un omicidio o a delle ferite.

L'ultima colpa menzionata dalla legge è le *inosservanza di regolamenti*.

La levatrice che in un parto difficile trascurino di chiamare l'aiuto di un medico rientrano nei termini di questa legge, in caso che muoja la madre o il bambino. Di fatti, l'articolo 33 della legge del 29 ventoso anno XI porta testualmente che: « le levatrici non possono adoperare gl'istrumenti, fuori i casi di parto difficile, senza chiamare un dottore in medicina, o un chirurgo di vecchio esercizio. » Il solo fatto di questa omissione non costituisce che una semplice contravvenzione alle regole dell'arte se non ne sia derivato qualche grave accidente. Ma se questa omissione abbia per risultamento un omicidio non v'ha dubbio che siavi luogo all'applicazione della legge penale; vi fu una inosservanza di regolamenti e da ciò un omicidio. Tale sentenza trovasi confermata da una decisione della Cassazione. Una levatrice era stata condannata a tre mesi di prigionia e 50 franchi di ammenda, per avere involontariamente e per imprudenza cagionata la morte della madre e del bambino in un parto difficile; la sentenza portava: « che vi era stata imprudenza da sua parte in mettersi e più ancora in continuare ad assistere un parto difficile, senza chiamare un medico per aiutarla in questo parto di cui essa conosceva i pericoli. Il ricorso prodotto contro questa sentenza fu rigettato a motivo che: « secondo si presentavano i fatti la condanna della ricorrente a tre mesi di prigionia e a 50 franchi di ammenda era una giusta applicazione dell'articolo 319 Cod. pen. (375 li. p.). »

(6) Inst. de lego Aquilia, § 5, L. 51, Dig. ad leg. Aquil.; Farinacius, quæst. 156, n. 23. Alcuni autori pensavano che usare una di queste due precauzioni era sufficiente per allontanare dal muratore ogni responsabilità.

(1) Leg. 7. Dig. ad leg. aquil. de sicariis.

(2) Lousse, t. 3, p. 521.

(3) Farinac. quist. 120, n. 178; Carondas, lib. 7 fa monizio di una nutrice che fu condannata, per simile fatto, a dimandar perdono innanzi la porta del padre del bambino, alla frusta, al bando e alla interdizione di allattare altri bambini.

(4) Ved. tom. 1, p. . . . Pothier, trattato delle obbligazioni, part. 1, cap. 1, sez. 2, §. 2.

(5) Inst. de leg. Aquil. §. 8.

Il proprietario d'un animale, o quello che ne fa uso cessa di essere responsabile del danno che l'animale abbia cagionato se provi che non vi sia stata da banda sua alcuna colpa. Bruxelles, 11 marzo 1809. Giorn. di Bruxelles, 1809, n. 259. Giuris. del XIX secolo, 1809. Durantou, 7, 508; Dalloz, n. 333.

Questa dottrina potrebbesi del pari applicare al cerusico che abbia proceduto ad una operazione difficile senza farsi assistere da un dottore di medicina ove ve ne fosse, quando da questa operazione sian risultati dei gravi accidenti (1).

Per applicazione dello stesso principio la Corte di Bruxelles ha deciso che chi vende commestibili guasti, corrotti o nocevoli, in contravvenzione ai regolamenti di polizia, può esser condannato per omicidio involontario se questi commestibili abbian cagionata la morte di chi li ha mangiati (2). Sarebbe lo stesso, come l'abbiam già detto nel capitolo precedente, delle bevande adulterate, la cui vendita avesse cagionata la morte di chi ne abbia fatto uso (a).

(1) Quando un cane di beccajo, il quale abbia dati dei morsi, sia lasciato libero dal suo padrone ed abbia cagionato nuovo ferite, questi va soggetto alle pene dell'art. 320 (3-6). Bruxelles 27 dicem. 1838; Giorn. di Bruxelles, 1839, p. 125.

(2) Decis. Bruxelles, 4 nov. 1822, Dalloz, t. 28, p. 277.

(a) Le dottrine sposte analiticamente da' nostri autori in questo capitolo, sono ridotte a principi generali dal chiarissimo avv. Niccolini con sì precisa sintassi che non erediam non poter fare di meglio che trascrivere le sue parole. « Nelle azioni non imputabili, egli dice, la prima classe è la più assoluta è di quelle che si fanno machinalmente senza intelligenza né coscienza: la seconda è di quelle azioni delle quali si ha la coscienza con volontà impotente in tutto ed inefficace a fare altrimenti: la terza è di quelle azioni innocenti che si fanno volendo, le quali però producono nostro malgrado un male o un danno, male e danno che non poteva da consiglio umano ordinario esser preveduto. »

» Questa terza classe di fatti non imputabili si lega da sé stessa e per lievi gradazioni si perde negli imputabili, quando di un'azione innocente si potevano, secondo la prudenza comune degli uomini, prevedere le conseguenze. Ed ecco il primo e più basso grado della imputazione delle umane azioni; l'omicidio, commesso per quest'errore vincibile, è punito correzionalmente. Or fate che l'azione non sia innocente, ed all'errore di non prevederne le tristi conseguenze, aggiungete che ella è per se stessa una inosservanza dei regolamenti di amministrazione pubblica. Le tristi conseguenze allora avranno un grado maggiore d'imputabilità. Imperocchè, non si tratta già di non aver osservate le regole proprie della umana prudenza: si sono infranti i divieti della pubblica autorità. Essi però non erano leggi, bensì regolamenti dettati con lievi sanzioni di ammende e di pene di polizia. Non merita perciò il reato che ne nasce una pena maggiore della prigione correzionale, secondo grado della imputazione delle umane

azioni. Altro caso da applicarvi queste disposizioni sta nel decreto del 3 gennaio 1813,

ne azioni. Queste due prime classi di reati formano il soggetto dell'art. 375. Fate poi che l'azione voluta contenga un delitto o un misfatto e ne nasca un delitto o un misfatto maggiore, chi non vede che questa terzo grado d'involontarietà è sì vicino a' reati pienamente volontari, che se le conseguenze potevano prevedersi dee saltare immediatamente fra questi, e chi ferì potendo prevedere la morte, deve esser punito qual omicida? Ma s'egli non poteva prevedere la morte, come effetto delle percosse che ei diede, o delle ferite che ei produsse, questa morte ritiene alcun che di colposo, ed il fatto è punito di uno a due gradi meno del reato pienamente volontario (articolo 391). »

» Tutta dunque la differenza tra le due prime classi e la classe terza dei reati e colposi, quali sono imputabili non perchè voluti ma perchè non preveduti, tutta la differenza a me pare che stia nel vedere se l'azione voluta, da cui nasce non voluto per esempio l'omicidio, sia innocente in faccia alla legge o puoibile qual inosservanza di regolamenti, o piuttosto qual delitto o misfatto. Se l'azione volontaria è innocente o solamente punibile come inosservanza di regolamento, l'omicidio è punito di prigionia ai termini dell'articolo 375: se poi è ferita o percosca volontaria, la quale guarita sarebbe punibile per se stessa qual delitto o misfatto, l'omicidio n'è punito con uno a due gradi meno dell'omicidio volontario, quando però una conseguenza sì funesta non poteva essere preveduta (*). »

Non meno precise, né meno degne d'esser sempre tenute presenti in tali giudizi sono, le regole che il chiarissimo autore ha tracciate per rilevare la differenza tra le imprudenze e le inosservanze dei regolamenti prevedute dall'articolo 375, non che per ridurre alle debite categorie di fatti casuali i colposi le diverse azioni volontarie onde vengano dei mali o danni non voluti.

» Le leggi nuove, egli dice, parlano di *disaccortezza*, d'*imprudenza*, di *disattenzione*, di *negligenza* e d'*inosservanza* di regolamenti da cui proviene un male altrui o un danno. Nel che dubbiam distinguere l'inosservanza dei regolamenti dagli altri casi. Imperocchè, quando si fa cosa contro i regolamenti di pubblica amministrazione, poco dee guardarsi se l'uomo da sé poteva esser previdente. Il regolamento p. o. che vieta di tenerli vasi di fiori su i balconi di una popolosa città, e di spingere a furia i cavalli per le sue strade, avverte abbastanza che il non osservarlo rende ciascuno responsabile d'ogni danno, beccelè *citra animi propositum quod res male eveniret, quidpiam fecit vel omisit*. Egli dovea farli non ometterlo per espresso valore della pubblica autorità. Si offende la previdenza quando si fa altrimenti. »

» Ma quando si parla di prudenza che la legge abbandona alla semplice estimazione dell'altrui buon

(*) Quist. di dritto, vol. 2. pag. 63.

che contiene delle disposizioni di polizia relative allo scavamento delle miniere. L'art. 22 di questo decreto è così conceputo: Nei casi di accidenti che avessero cagionata la morte o la mutilazione di uno o più degli operai, per non essersi osservato quanto prescrive il presente regolamento, i direttori e i proprietari potranno esser tradotti innanzi i tribunali per esser loro applicate, se vi sia luogo, le disposizioni degli articoli 319 e 320 del Codice penale (375 e 376 II. p.).

I diversi esempi per noi adottati delle diverse colpe prevedute dall'articolo 319 (375) sono senza dubbio sufficienti a far cogliere lo spirito di questo articolo. Ci rimane ad esaminare una questione piuttosto sottile che intralciata, cioè, se il delitto di omicidio involontario ammetta de' complici; pare a prima vista che debbasi rispondere negativamente: come rendersi complice, coi mezzi indicati dalla legge, di una disattenzione, di una negligenza? La complicità non suppone forse una specie di connivenza che è figlia

della volontà? Se un omicidio involontario può avere molti *coagenti* autori principali non pare forse contraddittoria cosa che sia cagionato da un autore e da complici? Pure, esaminando più addentro la materia, si troverà che questa proposizione non è inammissibile. Di fatti, nulla si oppone, che un atto di imprudenza abbia dei complici. Un cocchiere, per esempio, sferza i suoi cavalli a galoppo in mezzo ad una folla, e ciò per ordine e dietro le istruzioni del padrone di cui guida la carrozza; l'omicidio cagionato da questa imprudenza avrà per autore il cocchiere e per complice il padrone della carrozza. In un'altra specie, un fanciullo tira un colpo di archibugio in un luogo pubblico, con l'assistenza di suo padre ed uccide o ferisce una persona, ecco l'autore e il complice di un omicidio involontario. Non vi ha dunque eccezione alla regola della complicità nei casi degli articoli 319 e 320 (375 e 376), perchè da una banda queste regole sono generali, e dall'altra non vi ha cosa che veramente si opponga alla loro applicazione. Perciò la Corte di Cassazione, in un arresto di rigettamento, assai brevemente motivato, ha potuto dichiarare: « che non vi sia contraddizione alcuna a dichiarare un accusato complice per promesse, minacce, istruzioni, aiuto o assistenza alla imprudenza o negligenza onde sia venuto un omicidio involontario (1). »

Tutte le precedenti osservazioni si applicano, come abbiamo più volte notato, all'articolo 320 (376) come all'articolo 319 (375); comèchè sia ciò evidente, pure giova darne qualche sviluppo. L'articolo 320 (376) è così conceputo: « Se dalla mancanza di accortezza e di precauzione non sien risultate che ferite o percosse la prigionia sarà di sei giorni a due mesi, e l'ammenda di 16 a cento franchi (a). »

sensu, non è giusto precipitare una condanna senza ben pesare ed estimare tutte le circostanze della persona e del fatto. Non perchè una medicina ha fatto peggiorare l'infirmità, il medico è reo di colpa; perchè può stare che l'impeto del male e le apparenze avessero potuto ingannare qualunque uomo più esperto. Il giudizio in questi casi si risolve in vedere se l'ordinario consiglio umano potea prevedere in quell'istante quel danno (**).

* Per questa estimazione, per definire dove si arresti il difetto di previdenza che si confonde col caso e dove comincia quello che forma la *disaccortezza*, l'imprudenza, la disattenzione, la negligenza, in che consiste la colpa, il lodato autore dà per norma il seguente principio (***). « Quando il danno non deriva unicamente dalla improvvidenza di chi si muove e fa danno, ma anche da quella di chi è mosso o di chi ne vien danneggiato, i gradi della colpa diminuiscono, in colui a proporzione che crescono in costoro. E molto improvvido chi va per un bosco e non si guarda dai fossi mascherati che con consiglio innocuo sogliono praticarvisi per prender le fiere: lo è del pari chi va fra alberi altrui e non dà segni a chi può trovarsi su quelli intento a potarli: lo è maggiormente il barbiere che si situa in una strada destinata a pubblica corsa; e più improvvido è colui che si sottomette al barbiere in tal luogo. Ben si può, ben si dee prevedere dal cacciatore, dal polatore, dal corsore un accidente usitato,

ma come prevedere gli errori altrui, le altrui scempiagioni? (Edit. Nap.)

(1) Decis. cass. 3 sett. 1831. Giorn. del Diritto crim. 1831, p. 380.

(a) L'articolo 376 leg. pen. quanto alle colpe da cui deriva la conseguenza eriminosa, non ne specifica alcuna; esso dice: *Se dalle circostanze indicate nell'articolo precedente*, quindi è chiaro che vi s'no tutte comprese. Inoltre, se la conseguenza impreveduta non fu omicidio ma altro reato contro le persone, quest'articolo non commina distintamente la stessa pena, qualunque sia il carattere di tale conseguenza. Esso prescrive la prigionia o il confi-

(**) Opera citata, vol. 2. p. 46.

(***) Pagina 41.

Questo articolo non fa parola che della mancanza di *accortezza* o di *precauzione*. Da ciò molti tribunali deducevano che le ferite, cagionate sia per *imprudenza* sia per inosservanza dei regolamenti, non potevano andar comprese nei termini di questo articolo. Per contrario, la Corte di Cassazione ha deciso che le ferite o percosse involontarie, derivate da negligenza o inosservanza de' regolamenti vanno comprese nell'articolo 320 (376) al pari di quelle che provengono da mancanza di accortezza o di precauzione; che l'articolo 320 (376) è stato compilato nello stesso senso dell'articolo 319 (375), e che fra loro non differiscono se non pel genere delle pene da loro comminate secondo i risultamenti della colpa commessa (1). Non v'ha dubbio che questa interpretazione non debba essere adottata: non v'ha motivo per credere che il legislatore abbia voluto restringere nell'articolo 320 (376) la influenza di quelle colpe che nell'articolo 319 (375) attirano la responsabilità dell'agente; il reato è lo stesso, la differenza sta solamente nei risultamenti materiali; non può dunque vedersi fra i due articoli altra differenza che quella concernente la pena. Se l'articolo 320 (376) non ha ripetuto la enumerazione fatta dall'articolo precedente, ciò fu perchè si è creuto riassumere questa enumerazione con

le parole; *mancanza di accortezza o di precauzione* (a).

Da là ne conseguiva che tutte le regole e le ipotesi, da noi discorse in questo capitolo, si applicano al caso in cui la colpa, qualunque siasi, abbia cagionate delle ferite, come a quello in cui siesi avuto per risultamento un omicidio. A noi dunque basta riportarci intorno a ciò alle nostre precedenti osservazioni.

A queste osservazioni non dobbiamo aggiungere che un'altra. L'articolo 320 (376) menzionando le *ferite* che sono conseguenze delle colpe commesse, si rapporta necessariamente a tutte le lesioni corporali prevedute dal capitolo precedente. Debbonsi dunque scorgere in queste parole non solamente le lesioni esterne, prevedute dall'articolo 309, ma anche le malattie cagionate dall'uso di sostanze nocive prevedute dal secondo paragrafo dell'articolo 317 (mancante nelle leg. pen.). È questa la conseguenza necessaria dell'addizione di questo paragrafo. Tutte le lesioni cagionate volontariamente debbono trovare una pena negli articoli 319 e 320 (375 e 376) quando alla volontà si sostituisce una semplice colpa, apposta a reato da questi articoli: il reato non sta nel modo come è fatta la lesione, ma nel fatto di una lesione cagionata da una colpa preveduta dalla legge. Del rimanente, l'articolo 320 (376) non ha fatto alcuna distinzione secondo la maggiore o minore gravità delle ferite che punisce; la pena è la stessa qualunque sia la lesione, e non si cangia che quando ci sia seguita la morte (b).

no dal primo al secondo grado, se quella impreveduta conseguenza sia infatti; le pene di polizia se sia delitto. (*Edit. Nap.*).

(1) Decis. Cass. 30 marzo 1815 e 20 giugno 1812, Dalloz, t. 28, p. 278; Sirey, 1813, 1, 6, citate da Carnot, t. 2, p. 69 e 70.

(a) Ved. nota precedente.

(b) Ved. nota (a) pag. 181.

CAPITOLO X.

DELLE SCUSE PER PROVOCAZIONE.

Divisione della materia — §. 1. DELLA PROVOCAZIONE PER PERCOSSE O VIOLENZE — *Caratteri della provocazione* — *Elementi di questa scusa* — *L'ingiuria e gli oltraggi di parole non costituiscono fatti di scuse. È lo stesso delle minacce verbali* — *Quali violenze possono costituire la provocazione?* — *Violenze commesse in persona di un terzo* — *Grado della gravità delle violenze* — *È mestieri che la provocazione derivi da un'aggressione ingiusta* — *Violenze commesse in persona di funzionari pubblici* — *Il fatto della provocazione e quello dell'omicidio debbono essere simultanei* — *Differenze a tal riguardo tra la provocazione e la legittima difesa* — *La provocazione può mai rendere scusabili le percosse date dal figlio al padre?* — *Il minore di 16 anni accusato di parricidio può mai invocare la provocazione* — *Modo come proporre le quistioni di provocazione* — *Minorazione della pena in caso che sia ammessa la scusa* — *Concordanza degli articoli 526 e 463* — *Omissione nelle espressioni dell'articolo 521 (377 e 378)* — §. 2. DELLA PROVOCAZIONE risultante da un violento oltraggio al pudore — *Distinzione degli oltraggi che costituiscono lo stato di legittima difesa e di quelli che costituiscono una semplice provocazione* — *Del misfatto di castratura considerato come meritevole di scusa* — *È mai scusabile questo misfatto se l'oltraggio sia commesso in persona di un terzo?* — §. 3. DELLA PROVOCAZIONE RISULTANTE DALL'AGGRESSIONE FATTA PER PENE-TRARE IN UNA CASA IN TEMPO DI GIORNO — *Diritti degli abitanti la casa secondo che l'aggressione abbia avuto luogo di giorno o di notte* — *Caratteri della scalata o fruttura commessa in tempo di giorno* — *In quali casi si può invocar la scusa?* — *Puossi concedere scusa all'omicidio commesso alla sola vista dei preparativi dell'aggressione?* — *Puossi concedere scusa all'omicidio commesso dopo finita l'aggressione e quando l'aggressore si ritirava* — §. 4. DELLA PROVOCAZIONE RISGUARDATA COME MOTIVO DI SCUSA DELL'OMICIDIO COMMESSO IN PERSONA DEL PROPRIO CONIUGE — *Questa specie di omicidio non è scusabile* — *Motivi di questo principio* — *Prima eccezione pel caso in cui sia messa in pericolo la vita del conjuge omicida* — *Seconda eccezione pel caso di adulterio della moglie sorpresa in flagrante delitto* — *Disposizioni delle leggi Romane intorno a ciò* — *Disposizioni dell'antico diritto* — *Motivi del codice* — *Primo elemento della scusa* — *Sorpresa dell'adultera in flagrante delitto* — *Cosa debbasi intendere per flagrante delitto* — *Ipotesi diverse in cui si esamina il concorso di questa circostanza* — *Il marito può valersi dell'aiuto di un terzo?* — *Secondo elemento della scusa* — *Uopo che il marito abbia sorpreso l'adultero nella casa conjugale* — *Cosa debbasi intendere per casa conjugale?* — *Quali effetti abbia sulla scusa la separazione di corpo* — *Può mai invocare la scusa il marito che abbia mantenuta in casa una concubina* — *La moglie che uccide questa concubina può mai invocare la scusa?* — *Comentario degli articoli 521, 522, 523, 524, 525, e 526 del Codice Penale (Art. 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383 e 388 LL. P.)*

In esporre, nel capitolo 13.^o del tomo pri- | abbiain rimessa la disamina di molte di que-
mo, la teorica generale delle cause giustifica- | ste scuse ai capitoli ove si sarebbe trattato
tive e delle scuse legali dei misfatti e delitti | dei misfatti e delitti cui queste vanno più sp e

cialmente connesse. Di questo numero sono la *provocazione* e la *legittima difesa* cause di scusa o di giustificazione dell'omicidio volontario e delle percosse e ferite, scuse non riconosciute dalla legge che per questa specie di misfatti. È perciò mestieri che, seguendo l'ordine delle disposizioni del Codice, dopo aver tracciati i caratteri generali di queste violenze, venghiamo a disaminare la influenza di queste due cagioni modificative la reità; ed in primo ci facciamo a parlare in questo capitolo della scusa per provocazione.

L'omicidio, le ferite e le percosse, allorché sien state precedute da una provocazione, sono scusabili nei quattro casi seguenti.

1.° Quando sien state provocate da percosse e violenze gravi contro le persone;

2.° Quando sien stati provocati da un violento oltraggio al pudore,

3.° Quando sien stati commessi in atto di respinger di giorno la scalata o la frattura delle mura, dei recinti o dell'entrata di una casa.

4.° Da ultimo, quando sian stati commessi dal marito in persona della moglie sorpresa in flagrante delitto di adulterio.

Queste diverse ipotesi formeranno il soggetto di quattro distinte sezioni. (a)

S. I.

Della provocazione con percossa o violenza.

La principale difficoltà di questa materia sta in determinare i fatti cui la legge ha voluto attribuire i caratteri di provocazione; essa li enuncia senza fissare i loro caratteri, ammette la scusa senza definirla.

La provocazione, quando anche si manifesta per vie di fatto e violenze, non è in generale che una ingiuria, un insulto, un oltraggio; le violenze onde va accompagnata non cambiano il suo carattere; esse altro non fanno che aggravarla. Se cessasse di avere questo carattere degenererebbe di necessità in una vera aggressione; essa minaccerebbe o la vita o almeno la sicurezza personale e non sarebbe più una semplice provocazione; vi sarebbe allora per la persona aggredita necessità di difendersi; l'omicidio non sarebbe soltanto scusabile ma giustificato.

(a) Per i fatti ammessi come motivi di scusa nelle leg. pen. delle Due Sicilie, vedi appendice a questo capitolo.

E per fermo, dai caratteri dell'aggressione derivano quelli del diritto della difesa. Se la persona aggredita ha giusti motivi di temere della sua sicurezza personale la legge non può privarla del diritto naturale di respinger la forza con la forza. Ma se l'aggressione non mira che ad un oltraggio; se non minaccia né la vita né la sicurezza dell'aggredito, il diritto di costruirsi difensiva le vie di fatto in cui egli irrompe trovano in questo fatto una scusa ma non già un motivo di giustificazione; di fatti, se la persona oltraggiata non ascoltasse che la voce della ragione non si farebbe giustizia con le proprie mani; ma avrebbe ricorso alla protezione della legge. In una società bene ordinata non lice a chicchessia vendicar l'oltraggio con oltraggi, respinger le vie di fatto con vie di fatto, non la vendetta ma la difesa è permessa al cittadino. La giustizia ha la missione di risarcir le ingiurie che si commettono, il potere sociale ha il debito di sostituire l'autorità del giudice alle querele dei privati, la spada della legge alla vendetta dei cittadini.

Chi dunque vendica da sé un'ingiuria patita è colpevole agli occhi della legge come innanzi alla morale; dappoi che usurpa l'autorità sociale; chiede alla forza un risarcimento che deve aspettare dalla giustizia; fissa esso stesso, nell'impeto delle sue passioni, la tassa di questo risarcimento; da ultimo, diventa egli aggressore tostoché eccede la misura delle violenze commesse sulla sua persona. Nondimeno, la sua colpevolezza non è tale quale sarebbe se non fosse stata preceduta da un oltraggio. Egli non ha agito con premeditazione o di sangue freddo; ha vibrato i colpi nell'impeto dello sdegno in lui acceso non senza motivi; egli è dunque colpevole ma in minor grado, l'ingiuria non lo giustifica ma lo scusa. Or, questa modificazione della reità, che si attenua ma non cessa di aver vita, conferma il principio per noi testè stabilito, cioè, che il carattere principale della provocazione è quello di un oltraggio; poichè la reità rimarrebbe interamente cancellata se l'agente menasse le mani non per vendicarsi ma per difendersi.

Pure si comprende che anche per ammettere questo attenuamento di pena la provocazione debbe avere una qualche gravità; non ogni ingiuria potrebbe esser sufficiente a valere di scusa. Questa scusa ha i suoi motivi nella emozione che domina i sensi e li spinge ad un'azione inconsiderata. È dunque mestieri che la

provocazione sia tale da produrre una viva impressione sul suo spirito, da mettere in tumulto i suoi pensieri, da togliergli la libertà della riflessione.

La legge civile del pari non dà alla violenza effetti legali che quando sia tale da far impressione ad una persona ragionevole, e da poterle ispirare il timore di esporre la persona propria e le sue facoltà ad un male considerevole e presente. In ciò si ha riguardo della età, del sesso e della condizione delle persone, art. 1112 Cod. civile, (1066 ll. cc.).

Tale è anche il principio adottato dal Codice penale. L'oratore del governo, nella esposizione dei motivi, esprimevasi in questi termini: « Il Codice non ammette scusa senza una provocazione violenta e di una violenza tale che il colpevole, nell'atto stesso dell'azione imputatagli, non abbia avuta la libertà necessaria per agire con matura riflessione. Senza dubbio egli ha commesso un'azione riprovevole, un'azione che la legge non può fare a meno di punire; ma non può essere agli occhi della legge tanto colpevole quanto sarebbe se non vi fosse stato trascinato dalla provocazione. » Tale è il principio che l'articolo 321 (377) ha espresso senza neppur tentare di definire il carattere e il grado della gravità dei fatti cui va annessa la scusa della provocazione. Questo articolo è così concepito: « L'omicidio, le ferite e le percosse sono scusabili se sieno state provocate da percosse o violenze gravi contro le persone (a). » Facciamoci a determinare il significato ed i limiti di questa disposizione.

Il primo elemento della provocazione legale si è che l'aggressione onde essa ha vita, sia stata con percosse o violenze fisiche. Su di ciò la legge non ha lasciato dubbio alcuno; non solo essa mette nello stesso grado e tiene come fatti simili le violenze e le percosse ma richiede anche che entrambe si commettano contro le persone.

Epperò l'ingiuria e l'oltraggio con parole non possono costituire fatti di scusa. In generale, l'ingiuria verbale non potrebbe giustificare le vie di fatto (1) dappoichè non lice respingere una ingiuria con una via di fatto: l'ingiuria non scusa che l'ingiuria; *injuriam*

mihi illatam, alia injuria propulsare passum (2); le vie di fatto sarebbero un eccesso di difesa, diventerebbero un'aggressione; dappoichè l'ingiuria, qualunque sia la sua gravità non può esser considerata come una violenza personale. A buon diritto dunque la Corte di Cassazione decise « che una imputazione ingiuriosa non è una violenza e molto meno una violenza grave; che una tale imputazione non ebbe dalla legge altro nome che quello di calunnia, se è falsa; che i giudici non possono ammettere per scuse se non i fatti ammessi come tali dalla legge; e che si violerebbero gli articoli 304 e 321 del Codice penale ammettendo come scusa di omicidio le parole con cui l'ucciso avesse imputato di un delitto l'uccisore (3) (b).

Intanto, se la legge ha dovuto non ammettere l'ingiuria verbale come scusa di un misfatto, il giudice non può far a meno di non tener conto della impressione che questa ingiuria ha prodotto sul delinquente. Egli non merita scusa perchè una semplice ingiuria non ha potuto alterar completamente la libertà dell'animo suo, ma pure la impressione che ha sentito ha potuto essere assai viva perchè sia attenuata la gravità della sua azione.

L'ingiuria diventa allora non già una scusa ma una circostanza attenuante; il misfatto non cambia di carattere ma la pena debbe essere attenuata. Tale era anche la sentenza dei dottori: *licet non licitum sit percutere eum qui verbalem injuriam infert, et si quis percutiat aut vulneret aut occidat punitur, sed non poena ordinaria propter provocationem* (4).

La stessa decisione debbe applicarsi alle minacce verbali quando non s'eno accompagnate da vie di fatto. Ma la questione diventa assai grave quando queste minacce si manifestano con atti materiali che possono far supporre immediata la loro esecuzione. Suppongasì, ad esempio, che un individuo si faccia incontro al delinquente armato di un bastone, col braccio in alto, minacciando di percuoterlo; certamente difficile cosa si è, come l'abbiam già detto parlando del reato di ribellione (5), non vedere in questo atto una via di fatto, una violenza, quan-

(a) Le leggi Penali delle Due Sicilie aggiungono: *altri misfatti contro le persone*; per le conseguenze di quest'aggiunzione, vedi appendice a questo capitolo.

(1) L. 3, Dig. de justitia et jure; l. 5a §. 1, Dig. ad leg. Aquilian.

CHAUVEAU — TOMO III

(2) Farinaccio, quist. 125, n. 98.

(3) Decis. cass. 27 feb. 1813; Sirey, 13, 248; Dalloz, 14, 311.

(b) Per la legislazione delle Due Sicilie vedi appendice a questo capitolo.

(4) Farinaccio quist. 125 n. 98.

(5) Ved. tom. 2, p. 324.

do anche chi n'era minacciato non fosse stato nè percosso nè ferito. In questo senso la Corte di Cassazione ha deciso: « che può darsi provocazione violenta anche senza essersi arretrate ferite ma per le sole minacce fatte con un'arma omicida brandita vicino al provocato (1). Lo stesso dovrebbero decidere in caso che l'aggressore armato di fucile minacciasse di far fuoco su quello cui egli contrastasse il passo (2). Di fatti, il carattere principale della provocazione legale, giusta la espressione del legislatore, si è che sia tale da alterare la libertà di animo necessaria per agire con matura riflessione; or, quale atto più idoneo a fare viva impressione che le minacce di un colpo accompagnato da un gesto che dimostra volerlo recare in atto? »

Gli antichi autori, sì valenti a distinguere le gradazioni della reità delle azioni, non dubitarono dichiarar scusabile l'omicidio quante volte la minaccia fosse paruta prossima a recarsi in atto: *dummodo minans sit in actu vulnerandi vel occidendi, vel quando periculum est in expectatione et appareant in minante aliqua signa offendendi* (3).

L'articolo 321 (377) vuole che le percosse e le violenze sieno state commesse contro le persone. Queste espressioni le quali, come abbiamo già detto, indicano la natura fisica delle violenze che la legge ebbe in mira, valgono a mostrarci i caratteri di questa violenza e debbono tenersi come uno degli elementi della scusa. Da ciò ne conseguita da prima che ogni violenza ancorchè fisica, se non sia commessa contro le persone, non può essere costitutiva di scusa; epperò la Corte di Cassazione dovè giudicare che delle percosse date ad animali non potevano scusare le ferite recate dal proprietario di questi animali (4). Altra conseguenza dello stesso principio si è che la scusa non può ammettersi se non si dichiara che le violenze sieno state commesse contro le persone. Chiaro si è in ciò l'avviso della Corte di Cassazione (5): « attesochè, essa diceva, la Corte di Firenze dopo aver dichiarato

l'accusato colpevole di tentativo di omicidio, lo ha dichiarato scusabile, adducendone per motivo che era stato provocato da gravi violenze precedenti; attesochè una tale dichiarazione non può servir di base legale alla commutazione della pena, dappoichè ci fa ignorare se queste violenze sieno state commesse contro le persone e in conseguenza se presentino il carattere determinato dall'art. 321 (377).

Dalle stesse espressioni puossi dedurre altra conseguenza. La legge non esige che le percosse sieno date o le violenze commesse contro la persona che si è resa colpevole dell'omicidio o delle ferite; è sufficiente che queste violenze sieno state commesse contro le persone. Così la provocazione sussiste non men potente, da scusa non meno efficace quando le percosse o le violenze sieno state commesse non su colui che ha reagito ma su di un terzo. Una sana conoscenza della natura del cuore umano giustifica questa sentenza. Supponiamo da prima che le violenze sieno state commesse in persona del padre, del figlio, della moglie del reagente, può mai dirsi che l'ingiuria sia men grave di quella che si fosse commessa contro di lui stesso. Non è questo il caso di ripetere questa massima: *injuria uni acta alteri facta censetur*? I dottori non ne dubitavano; essi estendevano la scusa a tutti i fatti provocati da un'aggressione contro un parente, un amico, un vicino (1). Pareva loro che in questo caso l'autore dell'omicidio e delle ferite non avea fatto che cedere ad un sentimento irresistibile e quasi ad un dovere. Noi non abbiamo alcun dubbio a dividere questa opinione. Spesso l'oltraggio diretto a persona a noi cara ci tocca più che se fosse stato rivolto a noi stessi: possiamo trovare in noi la forza di disprezzare un insulto, ma ci crederemo rei di viltà tollerando che si oltraggi impunemente chi ci è caro. Il suo pericolo ci sembra reale, la vendetta a noi si presenta come difesa (a).

Debbe forse cangiarsi sentenza quando chi è spettatore di violenze commesse contro di un terzo, che gli è ignoto, siasi mosso a sdegno di quei maltrattamenti e nell'impeto del-

(1) Decis. cass. 15 messidoro anno 13. Dalloz, 14, 310.

(2) Ved. *infra*, cap. XI per caso di legittima difesa.

(3) Farinaccio, quest. 125, n. 70.

(4) Decis. Cass. 7 feb. 1812. Dalloz, 14, 311; Sirey, 12, 320.

(5) V. la stessa decis. precedente.

(6) Farinaccio, quest. 125, n. 289 e seg. Damudorio, cap. 80, n. 1; Bartolo, nella l. 3 al digesto, de justitia et jure.

(b) Questo principio è stato espressamente ammesso dall'articolo 378 lt. p. delle Due Sicilie; ved. appendice a questo capitolo.

l'ira abbia ferito o ucciso il loro autore? La decisione dei dottori era la stessa; essi opinavano che gli atti coi quali mirisi a difendere un uomo ingiustamente oppresso, chiunque si sia, sieno comandati dall'umanità e non possano costituire misfatto: *civis homini jura permittunt defendere, ac citra crimen omne, protegere confratrem suum, etiam ignotissimum, ab altero graviter oppressum* (1). Il Digesto ne dava per motivo che la natura abbia stabilito fra gli uomini una specie di parentela, *cum inter nos cognationem quamdam natura constituerit* (2). Il vero motivo si ha dalla natura stessa della scusa. La legge nei casi di provocazione non ha attenuate le pene se non perchè si modifica la reità dell'agente. Or questa modificazione di reità non vi è forse quando l'agente non abbia commesso il misfatto che per respingere l'ingiusta aggressione cui vedeva esposto un altro? Quest'aggressione commessa innanzi gli occhi suoi non dee forse servirgli di scusa come legittima provocazione? Avrebbe mai la legge preteso d'imporre ai cittadini il debito egoista d'impassibili spettatori degli oltraggi recati ai loro simili? Come distinguere se l'offeso vi appartiene per qualche legame o vi è estraneo? Che monta se voisiato stato trascinato dall'affetto o da un sentimento di umanità. Per ammettere la scusa la legge richiede soltanto che siavi nel colpevole un giusto motivo di perturbazione d'animo e che questa perturbazione d'animo derivi da violenze commesse contro persone; non ha però richiesto che queste persone sieno o il colpevole stesso, o la sua famiglia o i suoi amici; nel testo della legge non vi è alcuna distinzione, quindi non se ne può fare alcuna. La provocazione può dunque in generale risultar dalle violenze commesse sia su l'autore stesso dell'omicidio, sia su le persone di sua famiglia, sia su terzi che gli sono estranei. Ogni qualvolta sia provato che queste violenze abbiano potuto eccitare il suo sdegno, senza che ve ne fosse altro motivo, la sua azione cangia di carattere e la provocazione attenua la sua reità (a).

Il secondo elemento di questa scusa deriva dalla maggiore o minor gravità delle percosse o violenze. Il grado di questa gravità non è determinato dalla legge; essa si limita ad

esigere che queste violenze sieno gravi. Il signor Faure, nella esposizione dei motivi, ha spiegate queste parole nei termini seguenti: « Il Codice non ammette mica la scusa senza una provocazione violenta e d'una violenza tale che il colpevole, nell'atto stesso dell'azione imputatagli, non abbia avuta tutta la libertà di operare con ponderata riflessione. Questa provocazione, non si ripete mai abbastanza, debb'esser tale da fare la più viva impressione nel più forte animo. » Il signor Monseignat, relatore della Commissione del Corpo legislativo, ha compreso che in tale materia non potevasi fissare nessuna regola stabile: « È difficile determinare con precisione questo mezzo di scusa, esso debbe variare secondo lo stato fisico o morale di chi commette le violenze o di chi le soffre. »

Da ciò ne conseguiva che la gravità di queste violenze non debbe soltanto valutarsi dai loro risultamenti materiali, ma sia d'uopo ancora tener presente lo stato di chi le ha patite e l'influenza morale che gli abbiano prodotta. Così, le violenze sono gravi quando han dovuto cagionare una viva impressione su colui che n'era l'obbietto, sia a causa della sua età, sia a riguardo della sua debolezza o del suo stato sociale. La legge non chiede se queste violenze abbiano prodotta una malattia o delle ferite, essa non si dà carico dei loro risultamenti materiali; la loro gravità sta tutta nella ragion composta del sentimento d'irritazione che abbiano potuto eccitare e della gravità dell'ingiuria che presentavano.

Si potrebbe fare una distinzione tra le percosse e le violenze, e non applicar che a quest'ultima il requisito di gravità. Questa distinzione che pare contraria al testo della legge non sarebbe di alcuna utilità. Le percosse, del pari che le violenze, attingono la loro gravità non solo nella loro intensità materiale ma ancora nella intenzione con che vengon commesse, nella condizione sociale di chi le soffre e nella delicatezza delle parti del corpo che vengon lese. Uno schiaffo è talvolta una lieve percossa, ma costituisce quasi sempre una violenza grave perchè sempre reca una ingiuria e costituisce la più energica provocazione. Giova ripeterlo: per valutare la gravità della violenza è uopo estimare la gravità dell'offesa, e per valutare la influenza di questa è mestieri tener conto dello stato dell'agente, della sua educazione, delle sue abitudini, dei suoi pregiudizi, delle sue passioni, della forza

(1) Damhouderius, praxis crim. cap. 80 n. 1; Farinacio, quist. 125 n. 387.

(a) L. 3, Dig. de justitia et jure.

(a) Vedi per tale questione appendice al capitolo.

o debolezza del suo animo, della calma e della irascibilità del suo carattere.

Il terzo elemento della scusa si è che la provocazione sia nata da un' aggressione ingiusta o almeno apparentemente tale; dappoiché se l'aggressione è legittima non può esser tale la difesa: *ubi offensio est licita ibidem defensio est illicita* (1). Se le violenze sono comandate dalla legge o dalla necessità non costituiscono più un'offesa, non sono più una provocazione che possa scusare l'omicidio. Così, quando degli uscieri o dei gentarmi procedono nelle forme legali all'arrestamento di un malfattore, o quando la forza pubblica è comandata a disperdere un' adunanza sediziosa, le violenze che essa commette non possono scusare le vie di fatto con cui loro si risponde; poichè la forza pubblica era nell'esercizio delle sue funzioni e i suoi atti eran legittimi. Noi supponiamo che le violenze usate dalla forza pubblica sieno un mezzo necessario alla esecuzione dell'incarico legale a lei commesso. Queste vie di fatto eseguite in nome della legge non possono diventare un giusto motivo di reazione; esse non contengono alcuna ingiuria personale, non sono che la manifestazione della forza pubblica. Se la sola resistenza agli atti dell'autorità costituisce un delitto, come invocare una scusa in prò di quello che non solo avesse resistito ma si fosse reso colpevole di ferite o di omicidio su gli agenti di questa autorità?

La questione diventa più difficile quando gli ufficiali pubblici, procedendo nell'esercizio delle loro funzioni, abbiano senza necessità e con abuso di potere commesse delle violenze gravi; queste violenze possono mai costituir la scusa della provocazione rispetto a quello che, irritato da quegli eccessi, abbia ferito o ucciso uno di quegli agenti? Tale questione fu da noi discussa e debitamente sviluppata nel secondo paragrafo del capitolo XVI relativo alle violenze commesse contro i funzionari pubblici; quindi non possiamo che rinviare ivi i nostri lettori. (2)

Questi sono dunque i tre elementi essenziali della scusa; è mestieri che la provocazione derivi da percosse o violenze contro le persone, che queste percosse o violenze sieno gravi, sia per la intensità materiale, sia per l'ingiuria che esprimono; da ultimo, che queste violenze sieno

no conseguenza di una ingiusta aggressione o almeno appaiano di questo carattere. La provocazione non costituisce una scusa legale dell'omicidio volontario, delle percosse o ferite se non quando concorrano di conserva nello stesso fatto queste tre distinte circostanze.

A fianco a questi tre elementi della scusa si presenta un'ultima circostanza che non gli è di requisito essenziale ma deriva dalla sua stessa natura: intendiamo parlare della simultaneità di azione che deve in generale ravvicinare il fatto della provocazione a quello dell'omicidio.

Ed in vero, quale è il principio animatore delle scuse? Esso deriva dall'eccitamento dello sdegno, dall'ira che ribolle per una violenta provocazione e che precipita l'agente nel misfatto, quasi per difesa del proprio corpo; egli è colpevole di aver ceduto ad una passione che avrebbe dovuto frenare, è però scusabile poichè ha agito sotto l'impero di un violento moto d'animo. Or, frapponete un intervallo di tempo tra la provocazione e il misfatto, prolungate questo intervallo tanto da potersi supporre che abbia potuto sorgere e farsi sentire la riflessione, può mai dirsi che la provocazione abbia esercitata la stessa influenza, le si possono mai attribuire gli stessi effetti? No, poichè l'azione che nel primo caso sarebbe stata commessa in un primo moto, nel secondo non sarebbe che dietro una specie di meditazione e quando l'agente aveva già riacquisita una parte della sua calma; la realtà del fatto si aggrava di tutta la deliberazione che ha potuto precederla; la scusa decrebbe a misura che la provocazione si allontana.

Nondimeno, la legge non ha riguardata questa simultaneità dei due atti come circostanza essenziale per l'ammissione della scusa; nel suo testo non v'ha parola che la supponga; questa circostanza non è dunque un carattere legale della provocazione, debbe però tenersi presente nella valutazione del fatto. Basta dimostrare che i due fatti sieno succeduti nello stesso tempo per sentenziare per la influenza del fatto della provocazione; in difetto di questa prova il provocato dee provare che la sua emozione non si era calmata quando egli ha reagito, che il suo animo non si era distratto in atti estranei, *non deverterit ad extraneos actus*, che egli era ancor dominato da quella impressione.

È però mestieri non confondere nè anco in ciò i caratteri della legittima difesa con quel-

(1) Farinacio, *quist.* 125, n. 112.

(2) Ved. tomo 2° pagina 362.

li della provocazione: nel primo caso l'omicidio. la cui giustificazione viene dall'essere un atto comandato dalla necessità della propria difesa, dee immediatamente seguire l'aggressione, *incontinenti et non in intervallo*; poichè, scopo di quello è di respinger questa, in *flagranti rixa, in ipso actu offensoria*, cessata l'aggressione, l'omicidio non può esser più un atto di difesa. Ma la provocazione non va circoscritta in limiti così angusti, essa dura tanto quanto può durare in un uomo cordato lo sdegno per essa acceso. Epperò, Farinacio dopo aver stabilito per principio, come noi abbiain già fatto, che per esser scusabile l'omicidio debbe avvenire simultaneamente alla provocazione aggiunge: *credere incontinenti dici etiam post rixam, dummodo cessante calore rixae et irae offens. s. non deberit ad extraneos actus* (1). Bojardo estende questo principio molto di più: *propulsatio injuriarum dicitur facta in continenti si die sequenti facta fuerit* (2). Noi non possiamo dividere questa ultima opinione. La vendetta che si prende il giorno dopo l'oltraggio non è più quell'atto di avventatezza a cui la volontà non può metter freno; vi fu allora la calma della riflessione che ha quietato quel primo impeto. Noi ammettiamo soltanto che i due atti possono esser separati da un qualche intervallo, che questo intervallo può prolungarsi fino a che dura quel violento moto di animo, finchè la riflessione non abbia potuto ripigliare il suo impero, finchè dura il ribollimento dello sdegno e la foga della passione. Ma non può fissarsi il grado di questo intervallo; a noi pare che nella più parte dei casi si possa estendere al di là di qualche minuto (3).

Questa dottrina vedesi sanzionata dalla giurisprudenza. Una corte di Assise avea negato di proporre la quistione della provocazione, a motivo che il fatto provocatore era stato commesso in una strada diversa da quella ove si eran cagionate le ferite su cui versava l'ac-

cusa, inferendo da ciò che queste ferite non avean seguita immediatamente la provocazione. La Corte di Cassazione mise nel nulla questa Decisione considerando: « che la Corte di Assise limitava con la sua sentenza la scusa di provocazione, proposta dall'imputato, ai soli fatti intervenuti in una stessa strada mentre che per la vicinanza di due strade contigue, le percosse e violenze gravi, succedute in una, possono tenersi come commesse in flagranza, ed in tempo che ancora non siasi potuto sentire la voce della riflessione su i fatti provocatori intervenuti nell'altra via (4).

Ma se gli effetti della provocazione non svaniscono pel solo motivo che un qualche intervallo di tempo la disgiunge dalla reazione, è però mestieri, come abbiain già detto, che questa distanza non sia troppa; e qui potrebbero ancora invocare una decisione resa dalla Corte di Cassazione sotto l'impero del Codice del 1791, nella quale si dichiara: « che la pretesa provocazione al tentativo di omicidio volontario, ritenuta nella specie, risultava da colpi di bastone dati all'imputato *precedentemente* a questo tentativo; che la sentenza, spiegando il senso dato a questa parola *precedentemente* dice, che tra i colpi di coltello e i *precedenti* colpi di bastone vi era trascorso un intervallo di tempo che alcuni dissero di circa giorni quindici ed altri di tre o quattro settimane; che questa dichiarazione di fatto non contiene i caratteri della scusa ammessa dall'art. 9, titolo 2, parte 2, sez. 1^a del Cod. di proc. del 1791 (5), dappoichè questo articolo indica il solo caso in cui l'omicidio volontario sia la conseguenza di una violenta provocazione, il che suppone una immediata continuazione di fatti la quale non si avvera nella specie; che la latitudine data dalla sentenza a quella scusa tenderebbe a favorire i più funesti attentati, gli odi inveterati e gli atti di criminosa vendetta che invece debbonsi reprimere (6). Questa decisione conferma i principi per noi stabiliti, e dovrebbe senza dubbio esser seguita. Egli

(1) Farinacio, quist. 125, n. 342.

(2) Ad Julium Clarum, §. homic. N. 113 Boerio, decis. 163; n. 6.

(3) Jousse cita, come caso di reazione legittima, l'esempio di una persona che rimasta stordita da un colpo avuto in testa non s'è ritornata in sensi che dopo qualche tempo, e vedendo il suo nemico si sia avventato contro di lui e l'abbia ferito o ucciso in un momento di disdegno. Trattato della giustizia crimin. 3 pag. 513.

(4) Decis. Cass. 10 marzo 1826.

(5) Questo articolo è così concepito: quando l'omicidio volontario sarà la conseguenza di una violenta provocazione, ma non possa esser detto omicidio legittimo, potrà esser dichiarato scusabile.

(6) Decis. cass. 27 messid. anno 10. Dalloz, 14, 309; Sirey, 2, 338.

è vero che le espressioni del Codice del 1791 eran più esplicite di quelle dell'articolo 321 (377); esso richiedeva che l'omicidio fosse la *conseguenza* di una violenta provocazione; ma se questo requisito non è più nel testo della legge non ha però cessato di essere nella natura della scusa; evidente cosa si è che quando qualche giorno o anche qualche ora sia trascorsa dopo la provocazione, il reato non è più come dice la Decisione un atto di sdegno ma sibbene di odio e di vendetta; il riflesso della provocazione gli giunge troppo debole per modificare i suoi caratteri; la legge deve attribuirgli altra causa.

Il Codice ha stabilito due eccezioni al principio che ammette la provocazione come scusa delle ferite ed omicidio volontario: 1° Pel *parricidio* 2° pel *conjugicidio*.

In disaminare i caratteri del parricidio noi abbiain veduto che questo misfatto, giusta la disposizione de l'articolo 323 (385) non è mai scusabile. Abbiain però veduto che questa disposizione comunque assoluta, pure viene temperata dall'amissione del sistema delle circostanze attenuanti, che si estende a tutti gli accusati senza distinzione epperò anche agli accusati di parricidio. L'articolo 323 (385) delibe forse esser limitato al solo caso di parricidio? La provocazione rende forse scusabili le percosse date dal figlio al padre? La Corte suprema di Bruxelles ha con due decisioni dichiarato che nello stato attuale della legislazione, le percosse date ai genitori non sono mica più scusabili dell'omicidio commesso in persona di quelli (1). Ma la Corte di Cassazione non ha fatto eco a questa dottrina; essa ha giudicato: che l'articolo 321 (377) è concepito in termini generali ed assoluti; che l'articolo 323 (385) eccettua da questa generalità il solo parricidio; che però viene necessariamente a lasciar in vigore l'articolo 321 (377) nel caso in cui non si tratti che di ferite o percosse senza distinguere se le ferite o percosse sieno o pur no recate dai figli ai genitori (2). Questa ultima decisione ci pare al tutto conforme al testo del Codice (a).

Per lo stesso motivo dovrebbero decidere

(1) Brus. 16 marzo 1815; 28 sett. 1823, Dalloz, tom. 14, p. 311.

(2) Decis. cass. 10 gen. 1812.

(a) Le leggi penali delle due Sicilie, con l'articolo 386, negano espressamente a questi casi il beneficio della scusa.

che l'omicidio volontario, commesso senza intenzione di uccidere, dal figlio in persona del padre godrebbe del beneficio della scusa. E per fermo, l'articolo 323 (385) non priva di questo beneficio che il solo *parricidio*; or, l'articolo 299 (348) non chiama *parricidio* che l'omicidio volontario commesso in persona del padre, madre ed ascendenti dell'accusato. Dunque, l'omicidio commesso volontariamente, ma senza intenzione di uccidere, misfatto preveduto dal secondo paragrafo dell'articolo 309 (391) e che come abbiamo precedentemente dimostrato, non costituisce il vero omicidio volontario (3) gode l'applicazione della scusa, quando anche sia stato commesso in persona del proprio padre, madre o ascendenti. Questa distinzione che non era nel Codice del 1810 è una implicita conseguenza del secondo paragrafo aggiunto all'art. 309 dalla legge del 1832. (art. 391 ll. p.).

Altra quistione non meno difficile si è di sapere: se l'articolo 323 (385) impedisce che la pena sia minorata, giusta la disposizione del articolo 67 (65), quando il parricidio sia stato commesso da un minore di 16 anni e si decida che abbia agito con discernimento; il dubbio viene da che l'articolo 323 (385) prescrive in termini formali che il parricidio non sia mai scusabile, e che ove si decida avere il minore agito con discernimento, l'età non influisce all'attenuazione della pena che col carattere di scusa. A noi però pare difficile cosa l'ammettere che questa scusa possa esser negata. Primamente puossi dire che l'articolo 323 (385), qualunque sia la generalità delle sue espressioni, non abbia altro scopo che di stabilire una eccezione agli articoli che lo precedono; di fatti, questi articoli non fanno che indicare casi di provocazione; messo immediatamente dopo, l'articolo 323 (385) con dichiarare che il parricidio non è mai scusabile ha voluto dire soltanto che non gli sono applicabili le scuse ammesse dagli articoli 321 e 322 (377). Inoltre, la scusa che risulta dalle minoretà dell'accusato, non può di sua natura patire alcuna eccezione: « Essa è una legge generale che domina tutte le leggi, un principio comune che riflette tutte le legislazioni, poichè prende origine in un fatto comune a tutte le azioni dell'uomo, cioè

(3) Ved. tom. 2. pag. 57.

nella ignoranza della reità delle azioni, presunta fino a 16 anni compiuti (14 anni per le leg. delle due Sicilie).

Come puossi a questa legge comune far eccezione pei casi di parricidio? La debolezza che fa vacillare l'intelletto del minore, il velo che aduggia ancora la sua coscienza e lo impedisce di libere le conseguenze ed il valor morale di un'azione, non sono forse gli stessi, non producono forse gli stessi effetti su tutte le azioni che egli commette? Il principio *pupillus mitius puniendus* domina tutte le imputazioni, perchè i suoi motivi sono generali, e tutte le modifica egualmente. (a)

La seconda eccezione all'ammissibilità della scusa di provocazione è relativa all'omicidio commesso tra i coniugi; questa eccezione preveduta dall'articolo 324 (383) sarà disaminata nella quarta sezione di questo capitolo.

Tutte le volte che la scusa di provocazione è menzionata nel riassunto dell'atto di accusa, tutte le volte che essa risulta dai dibattimenti o è opposta dall'accusato, se ne debbe presentare apposita quistione al Giuri (1). I soli Giurati hanno il diritto di valutare i fatti onde l'accusato vuol dedurre la provocazione; epperò, se la quistione sia stata presentata in questi termini: costa che l'accusato sia stato violentemente provocato da percosse o ferite, ed il Giuri abbia risposto: sì gli sono state date delle percosse ma non costituiscono provocazione, la Corte di Assise non potrebbe, senza trascendere i limiti della sua competenza, cancellare quest'ultima parte della risposta ed attenuar la pena ammettendo la scusa; tale

sentenza è stata formalmente proclamata dalla Corte di Cassazione (2).

Quando è ammessa la scusa, l'attenuazione delle pene è determinata dall'articolo 326 (379 a 382) così conceputo: Quando il fatto della scusa è provato, se trattasi di misfatto che porta alla pena di morte o a quella dei lavori forzati perpetui o a quella della deportazione si applicherà la prigionia da uno a cinque anni; se trattasi di tutt'altro misfatto si applicherà la prigionia da sei mesi a due anni: in questi due ultimi casi il colpevole potrà esser sottoposto alla sorveglianza dell'alta polizia per un tempo non minore di cinque anni né maggiore di dieci. Se trattasi di delitto la pena disenderà ad una prigionia da sei giorni a sei mesi.

Questo articolo non può ingenerare alcuna seria difficoltà; soltanto faremo osservare che queste parole: l'arresto o il giudicato valgono la stessa cosa, dappoichè nei due primi casi, preveduti dall'articolo cui quelle parole si rapportano, la scusa legale non può esser valutata che dalla Corte di Assise; i tribunali correzionali non possono mettervi mano se non quando le percosse o ferite costituiscono un semplice delitto indipendentemente dalla scusa. E anche da osservarsi che la minorazione conceduta in forza di questo articolo è indipendente dall'attenuazione che può esser applicata in virtù dell'articolo 463. Ed in vero, la scusa legale e le circostanze attenuanti hanno due oggetti distinti: la scusa ammette nella valutazione morale del reato un fatto speciale attinto dalle circostanze che hanno accompagnata la sua consumazione, e che modifica la sua intrinseca gravità; le circostanze attenuanti permettono di far concorrere nella stessa valutazione delle circostanze di fatto secondarie, le quali sono piuttosto personali al delinquente che inerenti al delitto, ma però valgono a determinare la sua reità effettiva, come ad esempio, l'età, il temperamento, la condizione sociale, la educazione, lo stato di ubriachezza. Or, come mai la valutazione di una scusa legale potrebbe escludere l'influenza di queste circostanze? Non è un doppio favore che si concede al colpevole; se la scusa legale è provata, quali che sieno i risultamenti del suo fatto, egli in realtà non ha com-

(a) Nelle leggi penali delle Due Sicilie la minorità è proficua di diminuzione di pena in due stadi. Il primo sta dagli anni nove ai quattordici compiuti, quando si decide che il giovinetto abbia agito con discernimento, art. 65; il secondo è dagli anni quattordici ai diciotto, art. 66. In questo secondo stadio il parricida, giusta l'ultimo comma del citato art. 66, non gode diminuzione di pena quando abbia compiuto l'anno sedicesimo.

Questa espressa eccezione alla minorazione della pena, stabilita in questo articolo rispetto i parricidi, indica ad evidenza che il legislatore non volle privar della scusa i parricidi minori contemplati nell'articolo 65, quelli cioè pei quali debbe proporsi la quistione di discernimento, che non hanno compiuto l'anno 14°, che nel Cod. Pen. di Francia vanno contemplati dall'art. 67. Sicchè le leg. Pen. di Napoli decidono la quistione, giusta il sentimento dei nostri autori. (Edù, Nap.).

(1) Decis. Cass. 10 marzo 1826 (Bull. n. 45); 4 sett. 1828 (Sirey, 28, 349); 13 marzo 1835.

(2) Cass. 30 luglio 1831; Sirey, 417.

messo che un delitto, e perchè eccettuarsi questo delitto da quella facoltà di attenuazione che è comune a tutti? D'altra banda questa interpretazione è confermata dal testo del Codice; la disposizione dell'articolo 463 riguarda tutti i casi nei quali lo stesso Codice commina la pena di prigionia, nè altra pena certamente è pronunziata dall'articolo 326 sia per omicidio sia per ferite; ammessa la scusa non può esservi dubbio che la pena debba determinarsi, secondo le circostanze, ai sensi di questi due articoli messi fra loro in accordo (1).

Ora ci rimane una osservazione che si rapporta all'art. 321 (377). Questo articolo non dichiara scusabili, in caso di provocazione, che l'omicidio volontario, le percosse e le ferite. Or, nel sistema del Codice, dicesi omicidio volontario quello commesso con intenzione di uccidere: da ciò ne seguirebbe che l'omicidio, commesso volontariamente ma senza intenzione di uccidere, preveduto dal § 2 dell'articolo. 309 (391) non potrebbe godere il beneficio di questa scusa. Certamente non può esser stata questa la mente del legislatore. Il Codice del 1810 aveva confusi questi due omicidi volontari in una qualificazione comune e in questi sensi fu compilato l'art. 321. Fu mestieri che la legge del 1832, la quale ha distinte due specie di omicidi volontari, cioè quelli commessi con intenzione di uccidere e quelli cagionati senza questa intenzione ed ha circoscritta la qualificazione di omicidio volontario (*meurtre*) alla sola prima specie, sostituisse in questo articolo, alla parola omicidio volontario (*meurtre*) onde va espressa la specie, quella di omicidio volontario (*homicide volontaire*) che esprime il genere; ma questa omissione non può influire sul significato della legge, la quale comprende evidentemente tutte le specie di omicidi volontari come tutte le percosse o ferite, nè ha messi limiti alla forza della scusa di provocazione se non pel solo assassinio, perchè la premeditazione parve inconciliabile con questa scusa. (a)

§. II.

Della provocazione risultante da un violento oltraggio al pudore.

Abbiamo già osservato che l'art. 321 (377) richiedendo che la provocazione, per costitui-

re una scusa legale, risulti da percosse o violenze gravi, non ha definite queste violenze. Tutti i fatti di questo genere che possono concitare lo sdegno dell'agente e toglierli la libertà di spirito, necessaria per operare con riflessione, debbon dunque parlorire gli stessi effetti: tali sono gli attentati al pudore.

Tra questi attentati uopo è distinguere quelli che mettono le persone oltraggiate nello stato di legittima difesa e quindi le giustificano dell'omicidio commesso, da quelli che costituiscono un semplice oltraggio o insulto.

Lo stupro e il tentativo di esso conducono necessariamente colui che n'è vittima nello stato di legittima difesa (2). Sicchè l'omicidio da costui commesso per difendersi è un omicidio legittimo. Questa decisione è tolta dal diritto Romano. *Divus Hadrianus praescripsit sum qui stuprum sibi vel suis vi inferentem occidit, dimittendum* (3). Il motivo addotto dagli antichi autori si è che il disonore sia cosa più spiacevole a formidabile della stessa morte: *plus est stuprum quam mors, et major est timor stupri quam mortis* (4). In conseguente, questi autori insegnarono che sia lecito uccidere il colpevole: *pro defensione sui honoris licitum est stupratorem occidere.* » La donna, dice Jousse, che uccide il suo rapitore per serbare intatta la propria pudicizia non merita pena alcuna, essa è degna di ricompensa anzicchè di biasimo e di punizione (5). Alcuni autori hanno anche opinato che l'omicidio sia legittimo non solo quando si commette per impedire lo stupro, ma quando avvenga in vendetta dello stupro già consumato: *violentiam castitatis non solum potest propulsare ne fiat, sed etiam inferentem hunc violentiam flagranti crimine licet occidere animo ulciscendi* (6). Ma anche in questo ultimo caso non può esservi legittima difesa se non *flagranti crimine*; dappoichè, se lo stupratore dotosi alla fuga fosse inseguito dalla sua vittima e cadesse sotto i colpi di lei, lo stupro consumato cesserebbe di essere una causa giustificata va dell'omicidio, e non vi sarebbe che una violenta provocazione.

(a) Ved. *infra* il capitolo XI ove ritorniamo su tale questione.

(3) L. 1, § ult. Dig. ad leg. Corn. de sicariis.

(4) Farinacius, quist. 125, n. 44.

(5) Tratt. delle materie criminali, tom. 3, p. 748.

(6) Ved. gli autori citati dal Farinacius; quist. 125 n. 44.

(1) Ved. Carnot sull'art. 326 e Rauter, n. 467.

(a) Ved. appendice a questo capitolo.

Gli altri attentati al pudore che mirano non allo stupro ma a far ingiuria, debbono essere risguardati come bastevole provocazione dell'omicidio volontario al pari che le percosse e le ferite, quindi possono motivare l'applicazione dell'articolo 321 (377). Nè a questa applicazione opponesi il testo di questo articolo, dappoichè esso statuisce in tesi generale *esser le violenze gravi contro le persone* motivi di scusa di questi reati. Or, come non dirsi violenze gravi gli attentati al pudore commessi con violenza contro le persone? Tali atti non costituiscono forse le più gravi violenze, non offrono forse la più energica provocazione? Come negare il beneficio della scusa alla donna la quale non ha fatto che respingere un violento oltraggio, mentre la sola circostanza di aver avute delle percosse le fa meritevoli di tal favore. È chiaro che la causa impulsiva e determinante azione è della stessa natura in entrambe le ipotesi, e che la sua forza è forse molto più energica nella prima; qualunque distinzione sarebbe dunque ingiusta, poichè l'articolo 321 (377) comprende tutte le violenze gravi.

Ciò premesso, pare che la disposizione dell'articolo 225 (*Soppresso nelle II. p.*) sia superflua poichè va implicitamente compresa nei termini dell'art. 321 (377). Di fatti, l'art. 325 è così conceputo: « Il misfatto di castratura se fu provocato da violento oltraggio al pudore sarà considerato come l'omicidio volontario e le ferite *scusabili*. »

Il legislatore ha dovuto prevedere in una disposizione speciale questa specie di ferita perchè essa suppone in generale una certa premeditazione, e perciò potrebbe dar luogo a dubitare se fosse o pur no soggetta all'applicazione dell'articolo 321 (377).

La legge non ammette come scusa che un *violento oltraggio al pudore*. Ma cosa debbesi intendere con queste parole? Noi ci avvisiamo che debbonsi intendere gli attentati consumati o tentati con violenze fisiche atte ad offendere il pudore. Di fatti, l'articolo 325 non fa che applicare ad una specie particolare il principio fermato nell'articolo 321 (377). Gli elementi caratteristici della scusa debbono dunque esser gli stessi, epperò è necessario che le violenze sien commesse su le persone. Così un oltraggio al pudore commesso sotto gli occhi di una persona, ma senza che ad essa o ad un terzo si faccia violenza alcuna, non sarebbe una scusa legale della castratura. Le

sole violenze costituiscono quella forte provocazione che vale ad attenuare il misfatto. L'articolo 321 (377) richiede inoltre che queste violenze sieno *gravi*, e noi crediamo che qui non si possa derogare a questo articolo.

La castratura gode mai del beneficio della scusa se l'oltraggio violento al pudore sia commesso non sull'autore di essa ma su di un terzo. In tale questione abbiamo tenuto per l'affermativa rispetto alle ferite ed omicidi provocati da gravi violenze; concorrendo qui gli stessi motivi debbi esservi la stessa sentenza. Come negare al padre o alla madre, che operano sotto l'impressione dell'ingiuria recata alla figlia, il diritto d'invocare la scusa? La legge Romana estendeva la scusa non solo a chi avea patito l'oltraggio o le violenze ma anche a' suoi genitori, *sibi vel suis*. Tutti coloro che, essendo spettatori dell'oltraggio avessero operata la castratura immediatamente e per punire questo oltraggio, debbono esser scusabili poichè la stessa causa modifica la loro reità; essi sono colpevoli nello stesso grado, hanno operato per lo stesso impulso, debbono dunque andar governati dagli stessi provvedimenti legislativi. Debbesi però eccettinare il caso in cui si fosse precedentemente fatto un concerto per la esecuzione del misfatto, e l'oltraggio al pudore non fosse stato che risultamento e conseguenza di una provocazione fatta all'offensore; è chiaro che in questa ipotesi gli autori della mutilazione non potrebbero invocare come scusa un oltraggio che si avessero da loro stessi provocato.

§. III.

Della provocazione risultante da un'aggressione fatta in tempo di giorno per penetrare in una casa.

L'articolo 322 (377 n. 3) parifica alle violenze gravi sulle persone, che sono motivi di scusa degli omicidi volontari, delle percosse e ferite, la scalata, la frattura e la violazione di domicilio commesse in tempo di giorno. Questi atti di aggressione si risguardano come una specie di provocazione. L'articolo 322 (377 n. 3) è così conceputo: « I misfatti e delitti, menzionati nel precedente articolo, sono del pari scusabili se sieno stati commessi nell'atto di respingere di giorno la scalata o la frattura dei recinti, dei muri o dell'ingres-

so di un appartamento abitato, o delle loro dipendenze. Se questo caso avviene in tempo di notte entra nella disposizione dell' articolo 329 (374 n. 1).

La prima disposizione che merita disamina in questo articolo si è la differenza dei diritti che si accordano all'agredito, secondochè l'aggressione abbia avuto luogo in tempo di giorno o di notte. Questa distinzione è dettata dalla natura delle cose: in tempo di notte, come vedremo nel capitolo seguente commentando l'articolo 329 (374), la persona minacciata nel proprio domicilio si considera nello stato di legittima difesa; essa non può discernere gli assalitori, ignora i loro progetti, può credere che abbiano mire micidiali; i soccorsi sono lontani o incerti; il pericolo è imminente, la difesa non è nel debito di affrontare il pericolo ma può prevenirlo. Non può dirsi lo stesso quando l'aggressione avvenga in tempo di giorno: gli assalitori possono essere conosciuti e denunciati alla giustizia, è facile scoprire i loro disegni e farli andare a vuoto; i soccorsi sono più pronti, la necessità della difesa meno urgente, il pericolo meno minaccevole.

Questa distinzione, poggiata sulla presente vicinanza del pericolo, si trova nelle più antiche legislazioni. Si legge nell'Esodo: *Si effringens fur domum sive suffodiens fuerit inventus, et accepto vulnere mortuus fuerit, percussor non erit reus sanguinis. Quod si orto sole hoc fecerit, homicidium perpetravit* (1). Solone del pari non permetteva di uccidere o ferire che il ladro notturno (2), e questa sentenza erasi adottata dalle leggi delle XII Tavole: *Si noctu furtum fiat, furem autem aliquis occiderit, impune esto*. Questa legge continuò ad aver vigore negli Editti dei Pretori onde fu raccolta dal Digesto che la riproduce e la spiega in questi termini: *Lex XII Tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testifecit: interdum autem deprehensum ita permittit occidere si is se telo defendat* (3). Lo stesso ritrovasi nei Capitolari di Carlomagno. *For nocturno tempore captus in furto, dum res furticas secum portet si fuerit occisus, nulla est hoc homicidium querela nascitur* (4). Gli

autori attestano che la giurisprudenza ha costantemente seguiti questi principi.

Nondimeno, questa massima non debbe essere intesa in un senso troppo assoluto; essa poggia su di una presunzione quindi deve cedere ai fatti.

Così vedrassi, nel capitolo seguente, che anche in tempo di notte non è sempre permesso a chi viene aggredito nella casa respingere con l'omicidio gli autori della scalata o frattura; certa cosa si è del pari che se questi atti, tentati in tempo di giorno, sieno accompagnati da circostanze minaccevoli la sicurezza degli abitatori della casa; se gli assalitori pel loro numero, per le armi onde sono muniti, per le loro minacce rivelano delle mire di stragge e di saccheggi; se, da ultimo, l'esser la casa in una posizione solinga toglie ogni speranza di pronto soccorso, l'omicidio e le ferite commesse per respingere questa aggressione saranno non solamente attenuate dalla scusa della provocazione, ma scorte di ogni imputabilità.

Di fatti, la scalata e la frattura dei recinti di una casa non possono, pel solo motivo di esser commesse in tempo di giorno, andar classate tra le cause di provocazione che modificano ma non cancellano le imputabilità della reazione. Per produrre gli effetti di una provocazione uopo è che ne abbiano i caratteri. « Difficile cosa si è, diceva il Relatore del Corpo legislativo, stabilire con precisione questo motivo di scusa; esso debbe variare secondo lo stato fisico e morale dell'autore delle violenze e di colui che le patisce. Il progetto porta per esempio della scusa dell'omicidio le vie di fatto adoperate per respingere in tempo di giorno la scalata, la frattura, la violazione del domicilio. » Così, la legge nella specie dell'articolo 322 (377 n. 3) non ha voluto che addurre un esempio di provocazione: da ciò ne conseguiva che se l'aggressione cangia di natura e minaccia la vita degli abitatori della casa, se questi non operavano più sotto l'impero di una semplice provocazione ma per istinto della propria difesa, cessa di essere applicabile l'art. 322 (377). Questo articolo non ha mica derogato al principio generale fermato nell'articolo 328 (373); l'eccezione di legittima difesa copre d'un velo l'omicidio e le ferite che si commettono da chi ha vista minacciata ed in pericolo la propria vita.

L'articolo 322 (377 n. 3) non ha preveduti gli atti in esso specificati che per assimilarli

(1) Cap. 29, Num. 2 e 3.

(2) Demosth. orat. ad Timocrat.

(3) Leg. 4, Dig. ad leg. aquilam.

(4) Cap. Reg. franc. Baluze, lib. 5, Num. 343.

alla provocazione; questi atti debbon dunque presentare dei caratteri analoghi alle violenze che costituiscono la provocazione, cioè a dire, presentare quella gravità che possa fare la più viva impressione sull'animo di una persona ragionevole, senza però farle temere per la vita, poichè allora la sua reazione sarebbe un atto di difesa. Puossi addurre ad esempio il caso in cui la scalata o la frattura abbia in mira di commettere sia un furto, sia anche una semplice violazione di domicilio: il padrone della casa, se la sua vita non è messa in pericolo non ha certamente il diritto di uccidere o ferire il ladro o l'assalitore; ma se ha commesso quest'omicidio o questa ferita egli merita scusa perchè ha potuto ignorare lo scopo di quest'aggressione; gli atti preparatori del furto o della violazione del domicilio costituiscono per lui una provocazione che modifica il suo operato.

I termini dell'articolo 322 (377 n. 3) non debbono essere intesi in un senso troppo restrittivo. Quando la legge stabilisce un caso di scusa non può certamente esser rigorosamente inceptato nei limiti della specie preveduta; i suoi motivi possono valere in fatti analoghi quando vanno accompagnati dalle stesse circostanze. Così, seguendo letteralmente il testo dell'articolo 322 (377 n. 3) la scusa non potrebbe essere invocata che solo quando le ferite e l'omicidio fosse stato commesso in atto di respingere la scalata o la frattura. Ma a ragion più forte debbesi decidere che la scusa si estende alle vie di fatto commesse dopo eseguita la scalata o la frattura, e per respingere il ladro o l'aggressore che si è introdotto in casa. Queste due ipotesi van dominate dalla stessa ragion legale, non puossi dunque assoggettarle a due diverse norme di responsabilità penale.

Ma sarebbe forse lo stesso se il padrone della casa, avendo scorti i preparativi messi in opera per la violazione del suo domicilio, non avesse atteso la scalata o la frattura per commettere le vie di fatto? È chiaro che la soluzione di tale quistione dipende dalle circostanze di fatto: se egli non ha fatto che prevenire con questo mezzo la scalata o la frattura onde era minacciato; se la solitudine in cui si trovava non gli permettevano d'invocare soccorsi, se ha potuto temere di veder effettuata la frattura o la scalata, pare non possa dubitarsi che debba esser garantito dall'art. 322 (377 n. 3); dappoichè i semplici pre-

parativi del misfatto, quando sono visibili e ben certi, e la persona minacciata non ha dei mezzi sicuri per respingerli, possono, al pari degli atti di esecuzione, costituire una vera provocazione; è sufficiente che questi preparativi sien tali da cagionare una viva inquietudine, un ragionevole timore. Anche gli antichi autori ammettevano questa scusa; essi accordavano al padrone di casa il diritto di respinger il ladro quando avesse intravedute le di lui ferali mire, che stavano per recarsi in atto, *dum se ad furandum preparavit* (1). Essi citavano ad esempio coloro che sono sorpresi in atto di appoggiare una scala ad un muro, *in fure apponente scalas ad fenestras causa furandi* (2). Ma non potevasi invocare più la scusa, se l'autore del omicidio avesse operato con avventatezza e senza aver ben conosciute le mire degli individui che circondavano la sua casa, se poteva sperare dei soccorsi in caso di aggressione, se aveva mezzi sufficienti per respingerla, poichè allora non si presta per lui nè la ragione nè la lettera della legge. Lo stesso dovrebbe dirsi se egli avesse fatto uso delle sue armi quando gli assalitori desistendo dai loro preparativi si fossero ritirati.

Ma quando il misfatto siesi eseguito, quando, ad esempio, il furto siesi consumato, le ferite e l'omicidio commesso in persona dei ladri nell'atto della loro ritirata, sia per arrestarli, sia per ritogliere le cose involate, sarebbero mai scusabili? I dottori rispondevano a tale quistione affermativamente: la difesa delle cose pareva loro sacra quanto quella delle persone: *defensio licita est non solum pro defensione sui corporis sed etiam pro defensione rerum suarum* (3); essi concedevano il diritto di ferire o di uccidere il ladro quando la cosa non poteva esser difesa o ritolta altrimenti, *quando videlicet furata res defendi aut recuperari non potest* (4). Lousse adottando questa dottrina aggiunge « purchè gli oggetti sieno di un qualche valore ». A noi pare difficile cosa ammettere questo avviso, ancorchè convalidato da quella modificazione: la regola di responsabilità penale fermata nell'articolo 322 (377 n. 3) può senza dubbio avere applicazione

(1) Farinacio, quist. 125, n. 195.

(2) Ibid. eodem loco.

(3) Farinacio, quist. 125, n. 162.

(4) Ibid. n. 171.

anche fuori i termini di questo articolo, ma ciò non può avvenire che in casi perfettamente analoghi, ed ove negare la scusa sarebbe una contraddizione.

Or, nello spirito della legge, la provocazione non può nascere che dalle violenze usate per giungere alla consumazione del misfatto, l'esempio addotto dalla legge si è la frattura o la scalata. Di fatti il momento, in cui la emozione e la paura della persona aggredita giunge al suo più alto grado, è appunto l'atto dell'aggressione, allora la scusa prende origine da questi moti di animo che diriggon la sua mano sull'aggressore. Ma quando il furto è consumato non vi è più timore; il dirubato può senza dubbio sentire il dispiacere della perdita fatta, il risentimento dell'ingiuria, il desiderio della vendetta; ma spetta alla giustizia riparare i suoi torti; l'aggredito non può allegare a scusa il timore concepito per la sicurezza della propria persona, giacché noi supponiamo che il misfatto sia consumato; non può dire che le investigazioni della giustizia rimarrebbero infruttuose, primamente, perchè il misfatto è commesso in pieno giorno con scalata e frattura, quindi ha dovuto lasciar delle tracce, han potuto esser conosciuti i suoi autori; in secondo luogo perchè non sarebbe questa una scusa, mentre la incertezza della repressione non può dar diritto a farsi giustizia con le proprie mani, ed a sostituire, alla pena legale, delle violenze ispirate dall'odio e dalla vendetta.

Alcune espressioni dell'articolo 322 (377 n. 3) lasciano qualche dubbio su i limiti della sua applicazione. Esso dichiara scusabili gli omicidi e le ferite quando si commettono in atto di respingere le scalate e le fratture dei recinti di una casa o di un appartamento abitato o loro dipendenze; or, cosa debbesi intendere con queste ultime parole. È mai necessario che la casa sia attualmente abitata? Debbesi forse anche qui seguire la presunzione stabilita dall'articolo 390 (*Soppresso il p.*) che reputa abitata ogni casa addetta ad abitazione? Noi in processo dell'opera, commentando l'articolo 434 (437 e seg.) dimostreremo che la definizione di casa abitata, espressa nell'articolo 390 (S. il. p.), è relativa agli attentati contro la proprietà, e non si estende mica a quelli che in pari tempo minacciano le persone: or, la provocazione preveduta dall'articolo 322 (377

n. 3) senza dubbio prende origine nella violazione del diritto di proprietà ma vi si trova mischiata una minaccia diretta contro le persone; il proprietario non può prevedere dove saranno per ristsarsi gli assalitori, egli ha giusto motivo di paventare le violenze cui può andar soggetto. Per questo motivo la legge non ha estesa la scusa al caso in cui la scalata o la frattura avvenga nei recinti di parchi o steccati; per questo motivo essa richiede che la casa o l'appartamento, esposto a queste vie di fatto, sia *abitato*. D'altra banda uopo è aggiungere che l'esser la casa abitata non si tiene come circostanza aggravante dell'aggressione, ma solo come motivo che dà all'aggredito il diritto di respingerla: la legge dunque ha dovuto supporre un'abitazione attuale, e però debbesi stare alle sue parole che sono ben precise.

Quanto alle dipendenze della casa o dell'appartamento abitato, in esse vanno compresi necessariamente tutti i luoghi posti nel recinto generale dell'abitazione e che possono dare ivi accesso; tale è il senso dato dall'articolo 390 (S. il. p.) a queste parole, ed essendoci qui la stessa ragion di legge debbe esser seguita la stessa decisione.

Da ultimo, è da notarsi che il beneficio della scusa può essere invocato non solo da quello che è minacciato nel domicilio e nella proprietà, ma anche dagli altri abitatori della casa, nonchè da quelli i quali, benchè estranei a questa casa, son corsi in aiuto per respingere l'aggressione. E per fermo, i termini dell'articolo 322 (377 num. 3) non fanno distinzione, essi accordano la scusa sempre che l'omicidio volontario o le ferite si commettano in atto di respingere la scalata o la frattura; basta dunque che sia questo lo scopo delle violenze perchè debba applicarsi l'articolo. D'altra banda, la ragion della legge vale egualmente per l'una e l'altra ipotesi; poichè a nulla monta che la intenzione degli autori delle violenze sia stata quella di difendere le loro proprietà o quelle di altrui, solo è mestieri che sieno spinti da una giusta causa, che sien stati trascinati dall'impero della provocazione.

§ IV.

Della provocazione riguardata come scusa dell'omicidio volontario commesso in persona del proprio conjuge.

Nel primo paragrafo di questo capitolo abbiamo veduto che il Codice ha stabilito due eccezioni alla regola che ammette la provocazione come scusa degli omicidi volontari: 1 in caso di parricidio; 2 di omicidio volontario commesso tra conjugi. Ci faremo ora in questo paragrafo a sviluppare questa seconda eccezione.

L'articolo 324 (383) stabilisce per massima che l'omicidio commesso dal marito su la moglie o dalla moglie sul marito non è scusabile. La ragione di questo articolo, giusta la esposizione dei motivi, si è che nessuna scusa può esser ammessa tra le persone che pel loro stato sono nel dovere di vivere insieme, e di non perdonare ad alcun sacrificio per mantenere fra loro una perfetta unione.

È da notarsi però che questa disposizione non è relativa che al solo omicidio volontario, e che la legge ha serbato silenzio sulle percosse e ferite; uopo è necessariamente concludere che le percosse e le ferite, cagionate da un conjuge all'altro senza intenzione di uccidere, rientrano nel diritto comune e possono esser modificate dalla scusa della provocazione. Lo stesso avviso abbiamo noi portato intorno a ciò rispetto al parricidio, e la nostra opinione trovasi rifermata dalla Corte di Cassazione (1). Forse tale sentenza non è perfettamente conforme allo spirito della legge, ma la sua lettera non ci permette di piegarci ad altra interpretazione.

La Corte di Cassazione ha deciso che il conjuge complice dell'omicidio commesso in persona dell'altro conjuge non può, in verun caso, giovargli della scusa che potrebbe risultare in pro dell'autore del misfatto; la sua decisione porta: « Che la disposizione generale dell'art. 321 (377) non è applicabile all'omicidio commesso da un conjuge in persona dell'altro; che ai termini dell'art. 324 (383) non vi è scusa legale per tal misfatto se non quando la vita del conjuge uccisore era messa in pericolo nell'atto

che commettevasi l'omicidio; che questa disposizione speciale dell'articolo 324 (383) debbe colpire tanto il conjuge che è autore dell'omicidio quanto colui che se n'è reso complice, aiutando o assistendo l'autore di questo misfatto nei fatti che l'hanno preparato, facilitato o consumato (1). Questa interpretazione è consona allo spirito della legge: la reità del conjuge è la stessa sia che commetta da sé l'omicidio, sia che ajuti o agevoli l'omicidio commesso da un terzo sul suo conjuge, in entrambi i casi la stessa ragione vale a far rigettare la scusa della provocazione. In conseguenza dello stesso principio uopo è decidere che il complice del conjuge conjugicida potrebbe invocare la scusa che fosse a lui personale, poichè la eccezione non riflette che il solo conjuge, essa deriva dalla sua qualità; il complice rimane sotto l'impero del diritto comune; questi, è vero, non potrebbe invocare in suo favore le violenze gravi commesse sul conjuge autore dell'omicidio ma potrebbe eccepire quelle di cui fosse stato egli stesso vittima (2).

A questo principio eccezionale in materia di scuse il Codice stabilisce due eccezioni espresse nei due paragrafi dell'articolo 324 (383 e 388). Questo articolo dopo aver dichiarato nel suo primo paragrafo che l'omicidio tra i conjugi non è mai scusabile soggiunge: « purchè però la vita del conjuge che ha commesso l'omicidio non sia messa in pericolo nell'atto stesso in cui l'omicidio ebbe luogo. (a) » Epperò, la qualità di conjuge cessa di essere un ostacolo all'ammissione della scusa se vi concorrono queste due circostanze, cioè, che sia messa in pericolo la sua vita e che questo pericolo imperi nell'atto stesso in cui si è commesso l'omicidio.

Ma se la vita del conjuge è in pericolo non trovasi egli forse nella necessità di legittima difesa? L'omicidio commesso in questo caso non è forse non solo scusabile ma giustificato? Questa osservazione ha indotto qualche autore ad opinare che il legislatore nell'art. 324 (383) abbia voluto derogare all'articolo 328 (373) e mettere, nell'interesse dei conjugi, dei limiti allo stesso diritto di difesa (1). Questa interpretazione non merita suffragi. L'art. 328 (373) stabilisce una regola generale di giustificazione, la quale, al pari della demenza e dell'e

(1) Decis. Cass. 19 genn. 1838, Sirey, 38, 186.

(2) Ved. tom. 1, cap. X della complicità.

(a) Le leggi dello due Sicilie richieggono che vi sia provocazione per percossa grave o ferita grave.

(4) Saggio sul Codice penale, p. 114.

(1) Ved. sopra, p. 190 e Decis. Cass. 10 gennajo 1812.

violenze, non ammette eccezione alcuna; d'altra banda l'articolo 324 (383) lungi dal far supporre questa derogazione può facilmente mettersi in accordo con quel principio generale. La vita di uno dei coniugi può esser messa in pericolo dalle violenze commesse dall'altro, senza che sievi necessità di respingere queste violenze con l'omicidio; egli, di fatti, può chiamare dei soccorsi, sottrarsi a queste violenze con la fuga. Se egli è in grado di adoperare uno di questi mezzi ed in vece commette l'omicidio, quest'omicidio sarà scusabile, ma se non poteva salvar la sua vita altrimenti che uccidendo l'aggressore, l'omicidio non sarebbe soltanto scusabile, ma in forza dell'articolo 328 (373) non costituirebbe reato. » Se fosse altrimenti, aggiunge il professore Haus, ne risulterebbe essersi dall'art. 324 (383) statuita per i coniugi una eccezione che la legge non riconosce neppure tra padre e figlio; il figlio avrebbe il diritto di legittima difesa anche contro suo padre, non l'avrebbe poi la moglie che sarebbe in certa guisa astretta dalla legge a farsi assassinare dal marito (1).

La seconda eccezione alla regola che nega la scusa tra i coniugi sta scritta nella seconda parte dell'articolo 324 (art. 388) in questi termini: Nondimeno, nel caso dell'adulterio preveduto dall'articolo 336 (326), sarà scusabile l'omicidio volontario commesso dal marito in persona della moglie e dell'adultero, nell'atto che li sorprende in flagrante delitto nella casa conjugale. »

La legge Romana, pria di dare questa facoltà al marito, avea concesso al padre il diritto di uccidere sua figlia ed il complice sorpresi in adulterio. *Patri datur jus occidendi adulterum cum filia quam in potestate habet* (2). Questo diritto però andava subordinato a molte condizioni: era uopo che la figlia fosse sotto la sua potestà, dappoi che era questo un attributo della potestà paterna: *nemo alius ex parentibus idem iure faciat*: se il padre fosse esso stesso figlio di famiglia non avea più questo diritto: *sic eveniet ut nec pater nec avus potest occidere* (3). Inoltre era mestieri che avesse sorpreso la figlia in flagrante delitto: *in ipsa turpitudine, in ipsis rebus Veneris* (4). La leg-

ge richiedeva inoltre che si fosse ad un tempo ucciso l'adultero e la figlia, *scit et uno impetu utrumque debet occidere* (5), poichè la legge supponeva che l'omicidio si fosse commesso nel primo moto d'ira, quindi facesse velo all'intelletto per impedirgli la scelta tra i colpevoli, *quia lex parem in eos qui deprehensi sunt indignationem exigit et requirit* (6). Se il padre si fosse limitato ad uccidere il solo drudo ed avesse risparmiata la figlia rientrava nel diritto comune, *lege Cornelia reus erit* (7). Ultima condizione si era che l'adulterio fosse stato commesso nella casa del padre o in quella di suo genero *jus occidendi patri conceditur domi suae vel in domo generis* (8); per aversi l'ingiuria era uopo che fosse stata contaminata la casa paterna.

Questo diritto omicida, conseguenza dei principi della legge Romana sulla patria potestà, non fu mai riconosciuto dall'antica giurisprudenza francese: « In Francia, dice Jousse, non è permesso al padre di uccidere la figlia nè il drudo con cui fu sorpresa in adulterio (9). »

Fournel ne spiega il motivo: « Questa dottrina, dice egli, è inconciliabile con la qualificazione di *delitto privato* data all'adulterio; strana cosa sarebbe che quello il quale non ha il diritto di denunziare un delitto alla giustizia abbia il diritto di punirlo (10) ... Nondimeno, pare che i giudici dopo aver pronunziato le pene legali rinviavano il padre innanzi al Principe per ottenere lettere di grazia (11). Nel dritto vigente quest'omicidio sarebbe sottoposto alle regole del dritto comune; non potrebbe essere invocata una scusa legale; le circostanze atte a modificare i suoi caratteri si confonderebbero nella questione di reità. Gli annali delle Corti d'Assise offrono numerevoli esempi di assoluzioni pronunziate in simili circostanze, nè ciò fa meraviglia. Ma noi interpreti della legge non possiamo elevare a dottrina una simile giurisprudenza.

La legge Romana, permettendo al padre questo atto di vendetta, lo vietava al marito: *patri non marito mulierem permissum est occidere* (12). Papiniano assegna la ragione di que-

(5) L. 23, *ibid.* Farinac. *quist.* 121, n. 23.

(6) L. 32, *Dig. ibid.*

(7) L. 32, *Dig. ibid.*, et Accurs. in glossa.

(8) L. 22, *Dig. ibid.*

(9) Tom. 3. p. 491.

(10) Trattato dell'adulterio, pag. 261.

(11) Jousse, tom. 3, p. 491.

(12) L. 22. § 4. *Dig. ad leg. Jul. de adulteriis.*

(1) Osservazioni sul progetto del Cod. B. Belgio, t. 2, pag. 245.

(2) L. 20. *Dig. ad leg. Jul. de adulteriis.*

(3) L. 21, *ibid.*

(4) L. 21, *ibid.*

sta differenza: ciò è perchè la tenerezza paterna veglia in favor della figlia, e trattiene nelle mani del padre l'esercizio del terribile privilegio ond'è armato, mentre che il marito cederebbe troppo corvivo all'impeto del suo sdegno: *quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit; ceterum mariti calor et impetus facile decernentis fuit refrenandus* (1). Nondimeno, quando il marito infrangendo il divieto della legge avesse ucciso il colpevole sorpreso in flagrante delitto, non era punito con pene ordinarie: *si maritus uxorem in adulterio deprehensam impetu tractus doloris interfecerit, non utique legis Corneliae de sicariis poenam excipiet* (2). La legge aggiungeva il motivo di quest'attenuazione: *ultimum supplicium demitti potest, cum sit difficile iustum dolorem temperare*, la pena era dunque commutata: *sufficiat igitur si umilis loci sit, in opus perpetuum cum tradi; si qui honestior, in insulam relegari*. In questo senso, rispetto tale commutazione, diceva Ulpiano: *Si maritus in adulterio deprehensam uxorem occidat, ignoscitur ei* (3). La condonazione che poteva sperare il marito era l'attenuamento della pena. Questa regola pativa eccezione solo quando il complice di sua moglie fosse una persona vile come uno schiavo, un liberto, un hallerino, un uomo notato d'infamia da pubblico giudizio. Il marito che in questo caso lavasse l'onta propria col loro sangue era immune da ogni pena (4). Questi principi erano presso a poco seguiti nel nostro antico diritto, eccetto però la restrizione relativa alle persone vili: Non è permesso, dice Jousse, uccidere l'adultero di sua moglie o sua figlia perchè l'omicidio è indistintamente vietato presso di noi. Ma siccome ove si abbia questa sventura ne viene un giusto dolore, così se si uccide la moglie e l'adultero sorpresi in flagrante delitto facilmente si ottiene grazia dal Re. La consuetudine si era che se il marito avesse neglignato di ottenere lettere di grazia, si ordinava che si dirigesse al Principe per ottenerle. Gli autori riportano numerevoli esempi di omicidi di questo genere e di grazie ottenute di poi (5).

La seconda parte dell'articolo 324 (388)

non ha fatto che riprodurre questa dottrina. La legge non ha ammesso nel marito il diritto di uccidere la moglie e l'adultero sorpresi in adulterio; esso ha soltanto considerato questo oltraggio come una di quelle provocazioni violente che meritano la sua indulgenza. Esso punisce l'omicidio volontario ma come semplice delitto. Non debbesi dissimulare che i Giurati vanno più oltre; essi assolvono puramente e semplicemente sia il marito, sia la moglie che hanno creduto poter vendicare la più grave delle ingiurie nel sangue dell'adultero e suo complice. Veniamo alla spiegazione della legge.

« La legge, porta la esposizione dei motivi del codice, non scusa quest'omicidio volontario che sotto due condizioni: 1. Che il marito l'abbia commesso nell'atto stesso della flagranza dell'adulterio: trascorso quel momento subentra la riflessione, e si ha tempo a pensare che a niuno lice farsi giustizia con le proprie mani; 2. che abbia sorpreso l'adultero nella casa conjugale. Questa restrizione è paruta necessaria. Si è temuto che se fosse parimenti scusabile quest'omicidio, commesso in tutt'altro luogo, la tranquillità delle famiglie sarebbe turbata da quei mariti diffidenti ed ingiusti, accecati dalla speranza di vendicarsi dei sognati traviamenti delle loro mogli ». Queste due condizioni della scusa richiedono qualche sviluppo.

La prima vuole che l'omicidio sia commesso nell'atto che il marito sorprende i colpevoli in *flagrante delitto*. Debbesi notare che qui non trattasi della flagranza preveduta dall'articolo 41 Cod. d'istruzione criminale (art. 50 ll. p. p.). Di fatti, questo articolo considera come flagrante delitto non solo quello che si commette o che si è allora finito di commettere, ma ancora il caso in cui l'imputato è perseguitato dal pubblico clamore, o è sorpreso con oggetti che fanno presumere la sua reità. Ma certamente non è questa la ipotesi dell'articolo 324 (388). Questo articolo vuole che i colpevoli sieno sorpresi in flagrante delitto, dappoichè soltanto la vista del reato può scusare il moto d'ira che spinge l'agente agli eccessi di cui rendesi colpevole: sicchè per flagrante delitto qui s'intende che il delitto commettasi attualmente. In questo senso veniva la legge spiegata dal relatore del corpo legislativo: Come, diceva il Sig. Monseignat, non scusare il marito, offeso nell'oggetto più caro al suo onore ed alle sue affezioni, il qua-

(1) L. 22, §. 4, eodem.

(2) L. 38, §. 8, eodem.

(3) L. 3. Dig. ad Senatus Cons. Sytaniumum.

(4) L. 24 Dig. ad leg. Jul. de adulteriis.

(5) Jousse, tom. 3, p. 491.

le in atto che viene oltraggiato in propria casa immola in seno al reato l'adultera e il suo complice? »

Ma cosa significano le parole: *delitto che si commette attualmente*? In fatto di adulterio tale quistione è molto interessante. Per legge Romana come per nostro diritto, perchè il marito fosse scusabile era mestieri che la moglie fosse sorpresa in adulterio: *si maritus uxorem in adulterio deprehensam interfecerit* (1); queste parole: *in adulterio* eran spiegate da Ulpiano: *in ipsa turpitudine, in ipsis rebus veneris* (2). I Glossatori han molto quistionato su questa interpretazione; alcuni hanno ristretto l'adulterio all'atto stesso della consumazione: *praeludia et praenuntia flagitii non sunt flagitium ipsum*, dice Matteo (3). *In ipsis rebus veneris*, aggiunge Deciano, *intelligo illa verba, idest, in ipso actu adulterii, nam illa dicuntur proprie res veneris; illud verbum ipsum denotat rem perfectam aut ceptam tantum* (4). Altri estendono l'adulterio a tutti gli atti che tendono a consumarlo: *sunt enim res veneris*, dice la Glossa, *antecedentia ipsum scelus scilicet apparatus, colloquia* (5); pare che questa opinione fosse seguita da Giustiniano il quale avea estesa la scusa al marito quando anche avesse ucciso l'adultero fuori i casi di flagranza, e pel solo motivo di aver sprezzato il suo divieto. *Siquis ei quem suspectum habet de sua uxore, ter in scriptis denunciaverit, et post invenerit eum convenientem uxori suae in domo sua, sine periculo eum perimet* (6).

Noi non pretendiamo, come i dottori, definire rigorosamente gli atti che costituiscono il reato flagrante. La legge, per l'applicazione della scusa, ha richiesto che il delitto si commetta attualmente, e ciò per timore che il marito fosse allucinato da ingannevoli apparenze, soltanto la certezza e la stessa vista della infedeltà della moglie è quella che può scusare i trascorsi dello sdegno del marito. Non potè però esser nel pensiero della legge la idea di restringere la scusa al solo caso in cui fosse testimone della stessa consumazione del-

l'adulterio; basta che la moglie e l'adultero sien sorpresi insieme in una situazione la quale non lasci dubbio che si sia commesso o che si prepari l'adulterio; per esempio, per dirlo col linguaggio dei dottori *solus, cum sola in eodem lecto*. Vi è allora flagrante delitto perchè la realtà della moglie e del suo complice è evidente, essi sono sorpresi in quegli stessi atti che ne danno le prove. Tutto ciò che può esigersi dal marito si è che l'atto da lui punito porti in sè la prova completa della infedeltà; ogni altra restrizione sarebbe decorosa ed evidentemente contraria allo spirito della legge.

Ma quando fosse trascorso il primo istante della sorpresa e dell'indignazione la scusa non sarebbe più ammessa, l'omicidio andrebbe sotto le regole del diritto comune. Così, invano invocherebbe la scusa quel marito che, dopo sorpresi i colpevoli, avesse loro sbarrato dietro le porte, e quindi dopo molto tempo fosse tornato ad ucciderli; egli in tal caso non avrebbe ceduto ad una istantanea commozione, ma avrebbe premeditato il misfatto. Ma potrebbe mai dirsi lo stesso se egli, inermi nel momento che sorprende i colpevoli, sia corso in cerca di un'arma e ben tosto tornato a compiere le sue vendette? No, purchè non abbia cessato di agire sotto la impressione di una passione istantanea. Pochi rapidi momenti che si frappongono fra l'oltraggio e la vendetta non possono esser sufficienti a modificare il carattere del fatto e far supporre la premeditazione; non è però agevole cosa fissare il termine oltre il quale non si possa più invocare la scusa, ma si debba presumere calmato lo sdegno; è questa una disamina che dipende tutta dalla valutazione dei fatti e delle circostanze. Si può, senza tema d'inconvenienze, abbandonare al Giuri tutto ciò che concerne la valutazione delle scuse dei coniugi oltraggiati.

La quistione però diventa più difficile quando il marito, sospettando l'infedeltà della moglie, si sia messo in agnato per sorprenderla. Enry rapporto un simiglievole fatto. Il marito avea fatto un viaggio di molti giorni, poscia erasi segretamente restituito alla casa conjugale ove avea sorpreso la sua moglie col drudo ed avea ucciso quella di pugnale questo di pistola: egli ottenne lettere di grazia tanto per sè quanto per un arciente che gli avea prestato la sua opera nel fatto, ebbe però a durar molta pena per ve-

(1) L. 38, §. 8. Dig. ad leg. Iul. de adulteriis.

(2) L. 23 Dig. ad leg. Iul. et Damoudherius cap. 74 N. 75.

(3) Tit. 3, lib. 48 Dig. de poena adult.

(4) Lib. 9. cap. 15 N. 15.

(5) In leg. 23, Dig. eo lem.

(6) L. 30 cod. de adulteriis, in authentici quis.

der ratificate queste lettere: « Perchè, dice Henrys, il marito avea data occasione al mal fare della moglie ed anzichè sorprenderla non avea fatto che tenderle un tranello (1). Si concepisce facilmente la ragione dei dubbi del parlamento, pare però che questi dubbi possano dileguarsi con una distinzione: se il marito, sospettando la infedeltà della moglie si sia appiattato col solo pensiero di spiare i passi di lei, e poi alla vista dell'oltraggio non abbia avuto forza di frenare lo sdegno, allora il fatto d' essersi messo in guardia e di aver in certo modo dato luogo al convenio amoroso non può escluderlo dal beneficio della scusa, dappoichè, egli appiattandosi non avea altro in mira che di accertarsi della infedeltà; egli meditava di sorprendere il colpevole ma non di vendicarsi; l'omicidio è conseguenza di un istantaneo moto d'ira, l'azione non ha cangiato di natura. Sarebbe tutt' altro se il marito si fosse nascosto con la piena certezza del misfatto, munito di armi, e col solo pensiero di prenderne vendetta: in questo caso egli non cede all'impeto dello sdegno ma ai suggerimenti di una vendetta innanzi meditata: per quanto giusta sia l'ira sua l'azione non è che un agguato, l'omicidio non è che un assassinio. Non è questo l'attentato cui volle conceder la scusa l'art. 324 (388), in esso è soltanto preveduto l'omicidio che una mano travata da giusto sdegno commette nell'impeto di un primo moto; in esso non si parla nè di premeditazione nè di preparativi. Del rimanente, giova ripetere, in una materia così delicata tale distinzione non è assoluta. Gli atti esterni non sono sempre dei segni certi dei moti dell'animo; perchè si neghi la scusa debbesi aver la prova che il marito abbia precedentemente meditata la sua vendetta e preparata l'esecuzione. Non è mestieri aggiungere, dopo ciò che si è detto, che se il marito fosse mosso da cause estranee all'adulterio, se avesse voluto trarre partito da tal pretesto per far scusare un omicidio commesso per odio o per cupidigia, non potrebbe aver luogo l'applicazione della scusa. Epperò uopo è indagare con molto studio se l'adulterio sia stato un semplice sotterfugio per coprire un altro misfatto; questa indagine dee farsi soprattutto quando non fu ucciso che un solo dei

colpevoli. Per tal motivo la legge Romana non applicava la scusa che ove fossero stati ad un tempo uccisi entrambi i colpevoli, la moglie ed il drudo: *non interest adulterum filiam prius pater occiderit an non, dum utrumque occidat; nam si alteram occidit lege Cornelia reus erit* (2).

Deve mai applicarsi la scusa quando il marito si è giovato dell'opera di un altro per le esecuzioni dell'omicidio? Gli antichi giureconsulti tenevano per legittima questa assistenza: essi ammettevano che un marito debole ed infermiccio potesse giovare dei soccorsi altrui come istrumenti di sua vendetta; questa opinione poggiava sul motivo che si può fare per mezzo di altri ciò che si ha diritto di fare da sè: *quod est licitum in persona mandantis est etiam licitum in persona mandarii* (3), essa avea inoltre per fondamento la legge Romana che estendeva il beneficio della legge anche ai figli che avessero prestato aiuto al loro padre: *filii ejus qui patri paruerunt praestandum est* (4). Intanto l'impero di questa legge, chiamata a buon diritto da alcuni autori *crudelis atque nefanda exempli*, era contrastato nell'antico diritto. A noi pare che non possa esser più di presente invocata. La scusa derivante dal adulterio della moglie è essenzialmente personale al marito; egli solo ebbe l'offesa, egli solo ha diritto di dirsi scusato dall'accieciamento di un giusto sdegno, di correre alla vendetta. Se le proprie forze l'hanno tradito, si che fu nella necessità d'invocare dei soccorsi, egli merita tuttora una scusa non già per la regola del diritto civile citata dal Giureconsulto, ma perchè dall'aver invocato un aiuto la sua azione non ha cangiato di natura, perchè egli si muove per impulso della stessa commozione d'animo, perchè la gente che egli chiama nell'atto della flagranza del reato, per secondarlo nella vendetta, è per lui quale istrumento, qual arma. Ma la scusa non può estendersi fuori di lui; i suoi complici debbono rispondere della loro assistenza secondo i principj del diritto comune; dappoichè la scusa non cancella il reato, essa non fa che attenuare la reità dell'autor principale (5). Debbesi soltanto esaminare in que-

(1) Tom. 1, lib. 4, cap. 6, quist. 65.

(2) L. 3a, Dig. ad leg. Jul. de adulteriis.

(3) Farinacio quist. 121, n. 83.

(4) L. 4. C. ad leg. Jul. de adulteriis.

(5) V. tom. 1. p. 212.

sto caso se questi complici fanno parte della famiglia del marito, se sono sotto la sua patria potestà, in scorcio, se hanno operato liberamente o sotto l'impero di una violenza morale.

La seconda condizione costitutiva della scusa si è che il marito abbia sorpreso l'adultero *nella casa conjugale*. (a)

Questa condizione era richiesta anche dal diritto Romano per poter essere giustificato il padre; era allora mestieri che il drudo fosse stato sorpreso in sua casa o in quella di suo genero (1). Si era imposta questa limitazione perchè l'ingiuria diventava più grave quando la moglie avesse osato d'introdurre l'adultero in casa di suo padre o di suo marito: *Quare non ubiqueque deprehenderit pater permittitur ei occidere, sed domi suae generis sui tantum; illa ratio redditur quod majorem injuriam putavit legislator quod in domum patris aut mariti ausa fuerit filia adulterum inducere* (2).

Questa disposizione si è trasfusa nel nostro diritto. Nella sola casa conjugale lice al marito abbandonarsi agl'impeti di sua vendetta; la legge non volle proteggere che la stanza e l'onore del talamo nuziale. Ma cosa debbesi intendere per *casa conjugale*. La legge Romana definiva in questi termini: *domus pro domicilio accipienda est* (3) e la glossa insegnava che le parole *pro domicilio* significano *pro habitatione* (4). Noi del pari opiniamo che la casa conjugale sia quella ove ha stanza il marito, *in qua habitat*, quella che costituisce la casa comune *in eu domo in qua cum sua conjuge commoratur* (5), quella almeno in cui egli può pretendere che si riduca a stanziare sua moglie; questa interpretazione viene dalla concordanza dell'articolo 324 del Codice penale coll'art. 339 dello Codice (328 II. p.) e gli art. 108, 214 e 230 Cod. civ. (114, 203 e 218 II. c.) (6). Poco monta che questa casa

sia in città o in campagna, poichè il marito può avere una residenza momentanea anche in due città differenti.

La separazione di corpo non può esser sufficiente a far negare la scusa, perchè la scusa nasce dai vincoli del matrimonio che non restano disciolti con la separazione. Ma lo scopo principale di questa separazione si è di dare alla moglie il diritto di avere un domicilio separato, ed il flagrante delitto sorpreso in questo domicilio non scuserebbe l'omicidio, poichè la scusa non si concede che nella casa conjugale.

Il marito che fosse convinto di aver mantenuta una concubina nella casa conjugale potrebbe mai invocare questa scusa? La legge tace su di ciò, ma consultando il suo spirito debbesi decidere che in questo caso non si può ammettere scusa. Di fatti, l'articolo 324(383) non ammette questa scusa che nei casi di adulterio preveduti dall'art. 336 (328) e questo articolo non ammette il marito a denunziare l'adulterio di sua moglie quando egli sia convinto di aver mantenuta una concubina nella casa conjugale; queste due disposizioni si annodano dunque l'una con l'altra e suppongono la stessa regola; or, se il fatto di aver mantenuta una concubina nella casa conjugale toglie al marito il diritto di denunziare l'adulterio per farlo punire dalla giustizia, come potrebbe scusarsi di averlo punito da sé? La ragion di decidere è la stessa, il suo fallo lo fa indegno dell'azione e della eccezione. (b)

Mettendo fine a questo paragrafo facciamo osservare che l'articolo 324 (388) pare non conceder scusa che al marito: è questa certamente una dimenticanza del legislatore, dappoichè la offesa è grave ugualmente per la moglie; anzi vi è più viltà nel marito che osa introdurre la concubina nella casa conjugale per insultar così la debolezza della moglie. Né si dica che differenti sono nei due casi le conseguenze dell'adulterio. Cosa han di comune i risultamenti con la gravità dell'offesa e la reità dell'agente? Assai spesso si veggono mariti vendicar l'a-

(a) Questa condizione non è richiesta dall'articolo 388 delle leggi delle due Sicilie che nel solo caso in cui quest'omicidio avvenga per mano del padre dell'adultero.

(1) L. 22, § 2. Dig. ad leg. Iul. de adulteriis.

(2) L. 22, §. 2. Dig. eodem. tit.

(3) L. 22, §. 2 Dig. ad leg. Iul. de adulteriis.

(4) Glossa in hac lege.

(5) Nov. 117. cap. 9, §. 59.

(6) V. in questo senso Dec. S. Cass. 21 Dic. 1818

e 27 gen. 1819 (Sirey, 19, 166. Dalloz, 25, 26 e 28).

(b) Per tale questione vedi appendice a questo capitolo.

dulterio perchè offende l'amor proprio, mentre che la donna solo da impeto dell'amore

tradito può esser trascinata a quegli eccessi che la fan rea di omicidio (1).

(1) Henrys, t. 4, p. 762 giustifica la differenza della pena con la ragione, che la moglie ha un dovere più sacro ad amar suo marito di quel che abbia il marito ad amar sua moglie; ragione detestabile,

a dire di Camus e Bayard. Qui va ben detto con S. Gregorio Nazianzeno: *Non probò hanc legem, cum maris tulerunt, ideo feminas tantum sequitur et incessit.*

CAPITOLO XI.

DELL'OMICIDIO LEGALE E DELL'OMICIDIO LEGITTIMO.

Definizione dell'omicidio legale — Due condizioni necessarie perchè l'omicidio sia giustificato: ordine della legge, comando dell'autorità legittima — Esempi di omicidi comandati dalla legge — Responsabilità degli agenti — Effetti della ubbidienza gerarchica — Dell'eccezione della legittima difesa — Motivi su i quali è poggiata — Requisiti necessari perchè sia ammessa — È mestieri che le violenze commesse abbiano avuto per oggetto la difesa di se stesso o di altrui — La difesa della proprietà è mai sufficiente a giustificare le violenze? — Che debbe dirsi della difesa dell'onore? Il solo attentato contro la persona può dar causa alla legittima difesa — Lo stupro, o il tentativo di stupro è motivo di legittima difesa — Lo stesso debbe dirsi degli attentati che ci minacciano la perdita non della vita ma di un membro — Il secondo requisito della legittima difesa si è che sia necessaria — Epperò il pericolo debb'essere attuale — Non bastano le semplici minacce — Si richiede un cominciamento di aggressione — Se il pericolo è vanito cessa il diritto di legittima difesa — La difesa deve esser proporzionata alla forza dell'aggressione — Se si trascendono i limiti necessari per la conservazione della vita si è in responsabilità penale — Se l'agente possa percuotere l'aggressore disarmato — Se possa inseguirlo — Se debba darsi alla fuga — Perchè si abbia il diritto di difesa è forse necessario che l'aggressione sia ingiusta? — Il complice della moglie adultera ha forse diritto di difendersi contro il marito di lei? — Riassunto delle regole che costituiscono lo stato di legittima difesa — Queste regole si estendono alla difesa altrui — L'art. 329 (374) non è restrittivo — Dell'omicidio e delle ferite commesse in atto di respingere, in tempo di notte, la sculdria e la frattura, ed in tempo di giorno gli autori di furti o saccheggi eseguiti con violenza — Caratteri di questi atti — Commentario dagli articoli 327, 328 e 329 Cod. Pen. (art. 372, 373 e 374 LL. P.)

L'omicidio e le ferite volontarie non sono solamente scusabili, ma non costituiscono affatto reato quando si commettono sia per comando legale, sia per necessità di difesa. L'ordine della legge e la legittima difesa costituiscono dei fatti giustificativi che escludono ogni

imputabilità penale; l'agente non ha alcuna colpa; egli non ha fatto che compiere un dovere delle sue funzioni o respingere con la forza una ingiusta violenza; egli perciò non va soggetto ad alcuna pena.

L'omicidio legale trovasi definito dall'ar-

articolo 327 Cod. Pen. (372 ll. p.) così concepito: Non vi è reato quando l'omicidio, le ferite e le percosse sieno ordinate dalla legge o comandate dall'autorità legittima.»

Da tali espressioni ne conseguita non esser bastevole, per la esistenza dei fatti giustificativi, che l'omicidio sia stato comandato dalla legge, è mestieri ancora che sia stato comandato dall'autorità legittima; entrambi questi requisiti eran richiesti dall'articolo 4, tit. 2, p. 2, sez. 1. Cod. del 1791. La Commissione del Corpo legislativo avea proposto di separarli. «Cumulando queste due condizioni, si diceva, potrebbero presentarsi dei casi nei quali la legge ordina, ma manca in quel momento l'autorità che disponga l'esecuzione. Così, un gendarme che accompagna un carcerato è aggredito da persone che vogliono strappargli di mano il prigioniero; egli si difende ed uccide uno degli assalitori, egli è autorizzato dalla legge, ma non v'ha con lui aleno de'suoi capi che gli prescriva di far fuoco. Da un'altra banda, un inferiore sotto le armi, può avere dal suo superiore l'ordine di fare tale atto non preveduto o autorizzato dalla legge; pare dunque che sia convenevole cosa non esigere che una sola di queste due condizioni, e mettere la parola o in luogo della parola e (1). Questo emendamento fu rigettato dal Consiglio di Stato il quale però non ne addusse motivo alcuno.

È chiaro che le osservazioni del Consiglio di Stato poggiavano in una strana confusione: la legge non può che prevedere ed indicare le imperiose congiunture in cui sia lecito usar della forza; ma questa indicazione non è sufficiente; è necessario ancora provare che si sien verificate queste circostanze, che sieno prese tutte le precauzioni prescritte dalle leggi, che siavi stata necessità di spiegar la forza delle armi; or, tale è appunto la missione dell'autorità legittima; essa interviene per regolare l'uso della forza, per valutare la sua necessità, quindi debbe render conto del suo operato. Epperò, due requisiti sono egualmente necessari, cioè: l'ordine della legge in cui l'uso della forza attinge la sua legittimità ed il comandamento dell'autorità legittima che attesta la sua necessità attuale; sono queste due garanzie che tutelano la vita dei cittadini: senza la prima essi sarebbero esposti alle

arbitrarie violenze degli agenti dell'autorità; senza la seconda, la più cieca applicazione della legge giustificerebbe i trascorsi di costoro.

La Commissione del Corpo legislativo obietta che in certi casi un agente della forza pubblica, aggredito all'improvviso nell'esercizio delle sue funzioni, è costretto ad agire per la esecuzione del suo legale incarico pria di avere un ordine superiore. Ma forse questo agente non trovasi allora depositario del diritto di valutare la necessità dell'omicidio? Non è forse responsabile dell'uso che fa delle sue armi? A nulla monta che egli riceva gli ordini da un superiore, o che questo superiore, delegandogli una speciale missione, l'abbia preventivamente rivestito del diritto di usare delle armi secondo le congiunture; la legge ha soltanto richiesto che uno dei suoi agenti dia conto dell'esercizio delle violenze da essa autorizzate; or, questo agente è, o colui che dà ordine gli ordini si ha assuma ogni responsabilità, o colui che distaccato da suoi superiori ha dovuto da sé valutare la necessità delle violenze ed adoperar la forza senza attendere ordini superiori.

Non è difficile cosa citare qualche esempio di omicidi legali: tale è quello commesso sia in casi di guerra regolarmente dichiarata fra due nazioni (2); sia quando in un attruppamento sedizioso si spiega la forza delle armi dopo le legali intimazioni fatte per discioglierlo (3), sia quando è messa ad esecuzione una condanna capitale passata in giudicato, sia da ultimo, quando gli agenti della forza pubblica, nell'esercizio delle loro funzioni, respingono con la forza un'aggressione, o combattono la resistenza opposta all'adempimento dei loro doveri.

In queste diverse ipotesi, ciò che giustifica tanto il funzionario che ha dati gli ordini, quanto l'agente che ha dovuto adoperare le armi senza attendere questi ordini, sì è la legittimità della loro azione; or questo motivo legittimo è il compimento della missione che hanno ricevuta dalla legge; uopo è dunque primamente che l'atto sia stato commesso nell'esercizio o all'occasione dell'esercizio delle funzioni, dappoichè la sola necessità di queste funzioni può esser giusto motivo ad usar la

(1) *Processo verbale del Consiglio di Stato, sessione del 18 genn. 1810.*

(2) Grotius, lib. 3, cap. 4, §. 8:

(3) Art. 7, leg. del 11 ottob. 1789; art. 27 leg. del 3 agosto 1791; art. 1, leg. del 10 aprile 1831.

forza; in secondo luogo è mestieri che anche nell'esercizio di queste funzioni, anche concorrendovi un motivo legittimo, l'agente non abbia oltrepassati i limiti de' suoi doveri, le esigenze della necessità; imperocchè, se si provasse che le violenze non erano necessarie, che si sarebbe potuto adempiere alle proprie funzioni senza far ricorso alla forza, che l'agente avesse trascorsi i limiti entro i quali dovea contenersi, egli è responsabile di questi eccessi; la legittimità del motivo non può garantire questa parte del fatto, egli va soggetto ad una pena proporzionata al reato che l'atto può costituire (1).

Torniamo all'analisi degli atti che abbiamo enumerati: colui che uccide un nemico in una guerra dietro gli ordini de' suoi capi va esente d'ogni pena, poichè la guerra è autorizzata dal diritto delle genti, *ex hoc jure gentium introducta bella* (2), è carattere proprio della guerra il respingere le armi con le armi, *jure gentium ita comparatum est ut arma armis propulsentur* (3) la guerra sveste di ogni carattere di reità anche gli atti intolici pel suo buon successo: tale è l'uccisione di un nemico disarmato, delle femmine e dei fanciulli nel sacco di una città, nel calore della pugna (4); ma questa causa di giustificazione non potrebbe applicarsi all'omicidio che fosse il risaltamento di una vendetta privata.

La stessa distinzione si estende a tutti i casi di omicidio legale; mandare a morte un condannato sarebbe un assassinio se avesse avanzato un ricorso di sua natura sospensivo, sul quale non si fosse ancora pronunciato; adoperare le armi contro un attruppamento sedizioso metterebbe gli agenti della forza pubblica in rigorosa responsabilità, se, da una parte non si fossero trovati nello stato di legittima difesa, o se, d'altra banda, non si fossero adempite le formalità prescritte dalle leggi; da ultimo i gendarmi, gli uscieri, i preposti delle dogane, quando spiegano la forza delle armi per tutelare la esecuzione della loro legale missione, non trovano più una sufficiente scusa nelle loro funzioni, se si provasse che si adoperata la forza senza necessità, e che si sarebbero potuti mettere in esecuzione gli

ordini avuti senza ricorrere a questo estremo spediente.

In esaminare gli effetti della violenza morale sulla reità abbiamo precedentemente veduto in quali casi l'ordine dato, da un comandante ai soldati da lui dipendenti, o da un funzionario a' suoi subordinati, possa giustificare questi ultimi (5); non ci rimane al presente che rinviare i lettori a quelle osservazioni. Fa uopo aggiungere solamente che se l'obbedienza gerarchica garantisce in certi casi l'agente che non ha fatto se non eseguire gli ordini del superiore, la responsabilità è tutta di costui; che questi sia tenuto del omicidio quante volte l'ordine sia dato fuori i casi preveduti dalla legge, o non sia preceduto dalle formalità prescritte, o non sia stato reso necessario dalla necessità dell'esercizio delle funzioni.

La seconda causa di giustificazione dell'omicidio e delle ferite è la *necessità della difesa*.

Il diritto di difender la nostra vita quando vien minacciata è, secondo la bella espressione di Cicerone, una legge della nostra stessa natura, poichè la natura ha deposto nel fondo delle nostre anime l'istinto conservatore della nostra esistenza, *est haec non scripta, sed nata lex: quam non didicimus, acceperimus, legimus, verum ex natura ipsa adripimus, hausimus, expressimus; ad quam non docti sed facti, non instituti sed imbuti sumus: ut si vita nostra in aliquas insidias, si in vim, in tela aut latronum, aut inimicorum incidisset, omnis honesta ratio esset expediendas salutis* (6).

La legge Romana avea elevato ad assioma questo principio di diritto naturale, ed il Digesto l'avea scritto nella prima pagina delle sue leggi: *quod quisque ob tutelam sui corporis fecerit jure fecisse existimetur* (7) esso domina tutti i casi di responsabilità penale non che di responsabilità civile. Epperò Gaio decide che colui il quale uccide uno schiavo per difesa di sua vita non è responsabile del danno cagionato colla di lui morte. *si quis si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero; nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere* (8).

(1) Ved. le nostre precedenti osservazioni intorno a tal soggetto, tom. 2, pag. 299 e seg.

(2) L. 5, Dig. de justitia et jure.

(3) Tito Livio, li 42, cap. 41, N. 11.

(4) Gruzio, l. 3 cap. 4, §. 6 e 9.

(5) Ved. il cap. della violenza, t. 1, p. 251.

(6) Oratio pro Milone, cap. 4.

(7) L. 3, Dig. de justitia et jure.

(8) L. 4, Dig. ad leg. Aquil.

Questa massima alla quale, al dir di Jousse, non si può derogare con legge civile ed umana, si è trasfusa nel nostro diritto in tutta la sua forza, e tutte le legislazioni l'hanno riprodotta. Di fatti, la legge sociale non può pretendere che l'uomo faccia il sacrificio della sua sicurezza personale: essa ha il carico di difenderla, ma se la sua vigilanza vien meno non può imputare chi si è difeso colle proprie mani, quando non avea altro mezzo per scampare dal pericolo onde era minacciato. L'incivilimento, moltiplicando i mezzi di prevenzione e di soccorso, è andato sempre più restringendo l'esercizio di questo diritto di difesa, non ha però potuto distruggerlo del tutto, perchè esso costituisce un diritto naturale dell'uomo e la sua sanzione trovasi nella nostra coscienza.

Il legislatore dunque non creava questo diritto, non faceva che proclamarlo quando dichiarava nella esposizione dei motivi del codice: « L'omicidio è legittimo quando vien comandato dalla difesa di se stesso, sia che siensi avute delle percosse, sia che v'abbia pressante pericolo di averle, e non potendosi aspettare soccorso dalla legge, trascinato dall'istinto conservatore di se stesso, si respinga la forza con la forza. » L'art. 328 del Codice (372 Il. p.) ha formulato questa eccezione in questi termini: Non vi è reato quando l'omicidio, le ferite e le percosse sien comandate dalla necessità attuale della legittima difesa di se stesso o di altrui ».

Il principio per se non dà luogo ad alcuna dubbio: la giustificazione dell'agente è completa quante volte abbia commesso l'omicidio nello stato di legittima difesa; ma le difficoltà nascono quando si viene a valutare gli atti che costituiscono lo stato di legittima difesa. Non sarà opera vana fermar qualche massima intorno a ciò.

La prima condizione richiesta perchè sia ammessa la eccezione si è che l'omicidio sia commesso per la difesa di se stesso, o di altrui. Sono questi i precisi termini della legge.

Forse queste espressioni si applicano soltanto alla difesa delle persone? possono mai estendersi alla difesa dei beni? Gli interpreti del diritto Romano, senza poggarsi ad alcun preciso testo di legge, estendevano la eccezione ad entrambi i casi: ciò era formalmen-

te dichiarato dalla Glossa: *si surripientem res tuas interfecisti, nec lege cornelia de sicariis teneberis* (1). Intanto non andò guari che insorsero dei dubbi. « Non è meraviglia, dice Puffendorff, che la necessità di difendere la vita e le membra del corpo abbia tanti privilegi, perchè sono queste cose irrimediabili. Ma quando trattasi soltanto dei beni che si posseggono, che sono tali da potersi risarcire, e di cui alcuni non sembrano assolutamente necessari alla vita, a ragione si dubita se possa spingersi il diritto della difesa sino ad uccidere colui che vuole rapirceli (2). Muyard de Vonglans decideva la questione in modo formale. » La perdita dei beni, dice questo autore, non è come quella della vita e dell'onore, irrimediabile; d'altra banda non vi è alcuna proporzione tra i beni e la vita di colui che si ucciderebbe per conservarli (3).

Di fatti, immensa è la differenza che distingue queste due ipotesi. Colui che è aggredito nella persona trovasi nella necessità di difendersi, se toglie la vita all'aggressore lo fa solamente per conservare la propria. La difesa di una cosa, di una proprietà qualunque non è mai necessaria. Il proprietario può senza grave danno cedere alla forza, poichè la legge gli schiude le vie giudiziarie per perseguire il ladro. Ma fosse anche preziosissima la cosa rubata, potrebbe mai la sua perdita giustificare l'omicidio? Il sentimento della proprietà ha forse la stessa forza dell'istinto della conservazione della vita? può forse la coscienza concedergli gli stessi diritti? Il proprietario può senza dubbio adoperare tutti i mezzi di resistenza che ha in pronto, ma, eccetto i casi di violenza personale, egli non può attentare alla vita del ladro; di fatti, ove attingerebbe il diritto di ucciderlo? Sarebbe forse questo nelle sue mani un atto di giustizia? avrebbe mai egli la missione d'infligger la pena? No, egli non ha nè può avere altro diritto che quello derivante dalla stessa proprietà, quello di vegliare alla conservazione della cosa propria; può dunque o respingere o anche arrestare coloro che vogliono spogliarlo; ma vi è molta distanza tra questa resistenza e l'omicidio. Non dimeno, uopo è ripetere che qui non trattasi nè del caso che i ladri avessero commesse delle violenze personali, nè di quello in cui i loro preparativi e

(1) In l. 3 Cod. ad leg. Corn. de Sicariis; Farinacius, quest. 143, N. 212; Grotius, l. 2, cap. 1, § 33.

(2) Diritto di natura e delle genti, l. 2, cap. 5 § 3a.

(3) Leg. Crim. p. 3a.

i caratteri dell' aggressione avessero dato argomento a temere tanto dei beni quanto della persona. In queste due ipotesi la difesa non è tanto per la proprietà quanto per la persona, l'eccezione adunque ripiglia tutto il suo impero.

Tale è dunque, nella teorica del dritto, la differente misura de' poteri che può esercitare un cittadino, secondo ch'è minacciato nella persona o nei beni. Nel primo caso può impunemente respinger la forza con la forza qualunque ne sarà il risultamento; nel secondo non può valersi della forza che con certa moderazione; il suo scopo debb' essere unicamente quello di tutelarsi dagli attentati del ladro, e di riuscire a farlo captivo.

Questa distinzione risulta nel modo più evidente dagli stessi testi del codice; l'articolo 328 (373) non parla che della difesa di *se stesso e di altrui*, esso dunque non ha preveduto che la sola difesa della *persona*. Pare che l'articolo 329 (374) voglia creare una eccezione, estendendo la giustificazione anche all' omicidio commesso sia in atto di respinger l' aggressione dei ladri in tempo di notte, sia in atto di difendersi dagli autori di furti eseguiti con violenza ancorchè in tempo di giorno; è chiaro però che questa disposizione lungi dal distruggere la regola non fa che confermarla; e per vero, ne conseguita che la difesa è giustificata non dal furto ma dall' aggressione notturna o dalle violenze personali, e che perciò, la legittimità di questa difesa si attinge nel pericolo cui è esposta la persona.

Un'altra quistione egualmente controversa nell' antico diritto, è: se l' oltraggio fatto all' onore sia sufficiente per mettere la persona oltraggiata nello stato di legittima difesa. Per bene risolverla è mestieri valutare il carattere dell' oltraggio. Così, noi abbiamo nel capitolo precedente fermato il principio che le semplici ingiurie verbali non costituiscono una provocazione bastevole a servir di scusa all' omicidio o ferite commesse di rimando; a ragion più forte non possono esser cause di giustificazione. Per contrario le ingiurie reali, come ad esempio una via di fatto, una guanciata costituiscono una provocazione che attenua l' omicidio o la ferita; ma però non son motivi di giustificazione perchè l' agente è in colpa di aver ceduto all' impeto dello sdegno, perchè la sua azione non è mica comandata dalla necessità di difendere la persona (1).

(1) Puffen' orf, l. 2, cap. 3, §. 12, Perezio ad leg. Cora, de sicariis, Cod. §. 40.

Tale quistione venne agitata nel Consiglio di stato quando fu compilato il Codice Penale, ed il signor Faure rispose; « che il cittadino il quale respinge una grave ingiuria non trovandosi, come colui di che parla l' articolo, nella necessità di opporre la forza alla forza: se percuote, se ferisce, se uccide lo fa per vendicare l' ingiuria e punire colui che lo ha offeso. Or, il diritto di punire non può esser confidato che alla pubblica autorità, e in tutti i casi, sarebbe cosa contraria a tutti i principj legali permettere all' offeso di elevarsi a giudice nella propria causa. I Tribunali gli sono aperti, collà egli deve dimandare il risarcimento dovutogli (2) ».

Ma tale sentenza debbe modificarsi allorchè trattasi di oltraggi irreparabili, ai quali al dir di Seneca debbe preferirsi la stessa morte, come lo stupro e il tentativo di esso (3). Qui non trattasi di una semplice ingiuria ma di un misfatto contro la persona; gli attentati al pudore non costituiscono che una semplice provocazione, e possono soltanto, come abbiain detto nel capitolo precedente, valer di scusa all' omicidio: ma lo stupro e il tentativo di esso mettono chi vi è minacciato nello stato di legittima difesa. Ed invero, il pudore non debbe esser caro ad una donna al par della vita? Non è forse forzata dallo stesso istinto di difesa a respinger l' aggressore? Or, qui non trattasi di una ingiuria di che possa dipoi chiedersi risarcimento dalla giustizia, ma di prevenire un'onta che contaminata tutta la vita della vittima, *maxime cum virginitas vel castitas corrupta restitui non possit* (4), qui dunque vi concorre in tutta la sua forza la necessità che costituisce l' essenza della legittima difesa, l' omicidio non può dirsi misfatto quando si presenta come unico mezzo di salvare il pudore dall' oltraggio che lo minaccia. Questa era massima scritta nel diritto Romano (2); il giureconsulto Paolo metteva allo stesso livello l' omicidio commesso per salvare la vita e quello commesso per guardare l' onore: *quilatronem caedem sibi inferentem, vel alium*

(2) Processi verbali del Consiglio di Stato, sessione degli 8 Nov. 1818.

(3) *Proxima ab his sunt, sine quibus possumus quidem vivere, sed ut mors potior sit, tamquam libertas et pudicitia et mens bona. De beneficiis. lib. 6, cap. II.*

(4) L. 1. Cod. de rapta virginis.

(5) L. 1, § 4 D g. ad leg. Cora. de sicariis.

quemlibet stuprum inferentem occiderit, puniri non placuit; alius enim vitam alius pudorem publico facinore defendit (1). Grozio e Puffendorffio non dubita di novare la custodia del pudore tra i casi di legittima difesa (2), e questa sentenza era diventata la legge generale della giurisprudenza (3). Essa nulla ha di contrario al testo del nostro Codice: ed in vero, l'art. 328 (373) richiede solamente che l'omicidio, le ferite e le percosse sien comandate dalla necessità della legittima difesa; ma non aggiunge che questa difesa debba avere per oggetto attuale e necessario la vita stessa della persona aggredita; è sufficiente che questa persona, giusta la regola stabilita dalla legge Romana, agisca per la difesa del proprio corpo *ob tutelam corporis sui*; tutta la questione sta dunque in vedere se la donna che lotta con l'uomo, il quale vuole tirarla per forza alle sue voglie, si trovi nello stato di legittima difesa; or presentare così la questione è lo stesso che risolverla. In verità pare risultar dai termini dell'art. 325 (377 n. 1 e 2) che un oltraggio al pudore, ancorchè violento, costituisce soltanto una semplice scusa e non già un fatto giustificativo delle violenze; ma in commentare questo articolo noi abbiamo osservato che con queste espressioni non debbesi intendere che una violenza fisica atta ad oltraggiare il pudore; or, tra simigliante oltraggio e lo stupro vi è la stessa distanza che intercede tra le vie di fatto costitutive di una contumelia e l'aggressione diretta contro la vita. L'oltraggio al pudore, comunque sia violento, non è che un oltraggio, ma lo stupro è un orribile attentato che contamina chi n'è vittima e sovente l'assassina. L'oltraggio può non costituire che una scusa dell'omicidio, dappoichè non ha dovuto eccitare che un sentimento d'ira e d'indignazione che poteva esse compresso; ma lo stupro o il tentativo di esso debb'essere motivo di completa giustificazione, poichè non è soltanto lo sdegno o la vendetta che dirige il braccio della vittima ma sibbene il sentimen-

to della personale conservazione, della difesa di se stesso.

Dalle precedenti osservazioni ne conseguiva che l'eccezione di legittima difesa non può essere dedotta per l'omicidio commesso sia per la difesa delle cose, sia per quella dell'onore; perchè l'omicidio possa garentirsi con questa eccezione è mestieri che siasi trovata in pericolo la stessa persona: la giustificazione nasce dal pericolo personale, poichè solamente da simile pericolo può esser legittimato l'esercizio del diritto di difesa; è questo il primo requisito di questa eccezione.

Il secondo requisito si è che la difesa sia necessaria; la difesa non è necessaria se non quando sia comandata da un pericolo attuale, e sia *proporzionata* alla forza dell'aggressione.

Il diritto della difesa snppone un pericolo attuale nè può nascere che con questo stesso pericolo. « Per usare del diritto della propria difesa, dice Puffendorffio, è mestieri che il pericolo sia presente e quasi circoscritto in un punto indivisibile (4) ». Questo punto è l'istante in cui l'aggressore comincia l'attacco: *Eum igitur qui cum armis venit possumus armis repellere, sed hoc confestim et non ex intervallo* (5). L'articolo 328 (373) ha riferito questo principio richiedendo che la ferita e l'omicidio sien comandati dalla *necessità attuale* della legittima difesa, e la esposizione de' motivi aggiunge: « queste parole *necessità attuale* provano che non trattasi se non del preciso istante in cui si è astretto a respinger la forza con la forza ».

Così, le stesse minacce di morte non danno diritto a commettere un omicidio, dappoichè esse non ingenerano che un pericolo lontano il quale non dimanda una difesa presente: « Or, dice Puffendorffio, non vi è nè sospetto nè timore di un pericolo ancora incerto il quale possa dare diritto di prevenire colui onde si tema qualche cosa (6) ». Il pericolo nasce nel momento che l'aggressore si avvanza contro di voi con delle armi in

(1) Recept. Sentent. lib. 5. tit. 23 ad leg. Corn. de sicariis, § 3.

(2) De jure belli: et pacis, lib. 2, cap. 1, § 7, e il diritto di natura e delle genti tradotto dal Bar. boyrac, l. 2, cap. 5, § 11.

(3) Farinao, quest. 125, n. 14.

(4) Dritto di natura e delle genti, l. 2, cap. 3, p. 298.

(5) L. 4, Dig. de vi et vi armata.

(6) Luogo citato. — Cicerone proclama la stessa sentenza: *quā hūc statuit unquam, aut cui concedi, sine summo omnium periculo potest ut cum jure poterit occidere a quo metuias se dicat, ne ipse postea occideretur*. Orat. p. Tuill.

mano cennandovi il suo disegno: non è allora necessario di attenderlo: *Si quis percussorem ad se venientem gladio repulerit, non ut homicida tenetur, quia defensor propriae salutis in nullo peccasse videtur* (1). Puffendorffo sviluppa questa legge: Se io scorgo, dice egli, un uomo che viene a precipitarsi su di me con la spada in mano, con volto che accenna voler immergere quel ferro nel mio petto, e se d'altra banda non trovo via di salvezza, io posso scaricargli contro un colpo di pistola, innanzi che egli mi si faccia tanto d'accosto da toccarmi con la sua spada, per tema che, se egli s'inoltra troppo, non possa io più valermi della mia arma (2). In questo senso debbessi intendere quest'altra legge Romana: *Melius est occurrere in tempore quam post exitum vindicare* (3). E per fermo, non sono nè le percosse nè le ferite quelle che rendono legittima la difesa, ma sibbene il pericolo che nasce dall'aggressione; la sola cosa dunque a provarsi si è la esistenza ed il carattere minaccioso di quest'aggressione.

Respinta l'aggressione cessa subito il diritto della difesa, poichè essa non è più necessaria essendo il pericolo svanito: la legge permette la difesa quando questa miri a proteggere la vita non a compiere una vendetta. La punizione è riservata alla giustizia e non alla persona offesa, così decideva anche la legge Romana: *illum solum qui vim inferit ferire conceditur, et hoc si tuendi dumtaxat non ulciscendi causa factum sit* (4). Epperò, sia che l'aggressore fosse stato respinto, sia che si fosse volontariamente ritirato, la persona aggredita non potrebbe più inseguirlo per ferirlo o ucciderlo, dappoichè è svanito quel pericolo che poteva dare dritto alla legittima difesa.

In secondo luogo non può dirsi necessaria la difesa quando non sia in esatta proporzione col carattere e gli sforzi dell'aggressione, quando trascenda i limiti della resistenza necessaria a respingere quest'aggressione. Di fatti, tutta la legittimità della difesa poggia sulla imperiosa legge della propria conservazione; questa difesa dunque cessa d'esser legittima quando si spiega più forte di quel che possa

richiedere l'aggressione. Questo principio era energicamente proclamato dalla legge Romana quando essa prescriveva che l'eccezione della difesa fosse riservata agli atti che miravano alla propria conservazione e non già a quelli i quali non facevano che compiere una vendetta: *si tuendi dumtaxat non ulciscendi causa factum* (5). Epperò, gli antichi giureconsulti avean così fissati i limiti della difesa: *Moderamen inculpatae tutelae dicitur servatum quando illud tantum fit sine qua omnino violentia repelli non potest* (6). Puffendorffo del pari si attiene a questi limiti del diritto di legittima difesa: « Tutto il diritto dei cittadini, dice egli, si riduce ad una semplice facoltà di respinger colle proprie mani un pericolo presente; ma per ciò che tiene al risarcimento dell'ingiuria e alla sicurezza per l'avvenire debbe lasciarsi la cura ai magistrati (7) ». Da ultimo, la stessa distinzione trovasi nel rapporto fatto al corpo legislativo su questa parte del Codice Penale: Quando è assicurata la salvezza dell'aggredito, diceva il Sig. Monseigneur, egli non può, senza nota di delinquente, non lasciare alla legge la vendetta del misfatto ».

Però, trascende i limiti della legittima difesa colui che si vale di un'arma omicida mentre l'aggressore era inerme (8), e mentre poteva respingerlo senza ricorrere a questo mezzo; colui che lo ferisce dopo che gli ha tolto di mano le armi e lo ha messo nello stato di non potergli nuocere; da ultimo, colui che consuma l'omicidio inseguendo l'aggressore che si è messo in fuga senza dar segno di voler ristarsi a far fronte (8). In queste diverse ipotesi, gli atti compiuti dopo svanito il pericolo non sono più, propriamente parlando, atti di difesa; essi dunque costituiscono una vera aggressione di cui deve rispondere colui che li commette.

Si è fatta quistione: se colui che è assalito sia nel debito di darsi alla fuga quando gli venga il destro, e se la sua ostinatezza a re-

(1) L. 3. Cod. ad leg. Corn. de sicariis.

(2) Lungo e talo.

(3) L. 1. Cod. quando liceat unicuique sine iudice se vindicare.

(4) L. 45. §. pen. Dig. ad leg. aquil.

CHAUVEAU — TOMO III.

(5) L. 45. eodem.

(6) Farinacio, quist. 125 n. 881.

(7) Diritto di natura e delle genti, lib. 2, cap. 3,

§. 4.

(8) *Enim igitur qui cum armis venit postumus armis repellere, l. 3. Dig. de vi et vi armata.* Farinacio, quist. 125 n. 334 spiega tali parole in questo modo: ubi quis aliquem agreditur sine armis, non licet adversus illum se defendere cum armis.

(9) Farinacio, quist. 125, n. 335.

sistere possa fargli perdere il beneficio dello stato di legittima difesa. Questa quistione era molto controversa presso gli antichi giureconsulti: alcuni opinavano che la fuga non sia mai un dovere, sì perchè può portar seco dei pericoli, come perchè va sempre coperta da disonore e da vergogna (1); per contrario, altri sostenevano che si è sempre nel debito di fuggire quando lo si può senza pericolo (2). Puffendorff tiene per quest'ultima opinione: « La fuga, dice questo pubblicista, nulla ha di vergognoso anche per un uomo di guerra, poichè non è consigliata dalla viltà o dimenticanza dei propri doveri, ma dal debito di ubbidire alla ragione, la quale ci detta che non si mostra vero coraggio in uccidere un cittadino dalle cui ingiurie potrebbe il magistrato bastevolmente tutelarci (3).

Nel foro della coscienza questa opinione può dirsi di perfetta esattezza; l'uomo debb' evitare l'occasione di versare il sangue umano; la sola estrema necessità può giustificarlo; colui che affronta un aggressore, onde è minacciata la sua vita, mentre può evitarlo, è colpevole d'imprudenza. Ma questa colpa è mai tanto grave da togliere al fatto i caratteri di legittima difesa? Noi crediamo che no; la legge non impone mica dei doveri così rigorosi; ad essa basta in generale che l'aggressione abbia messa in pericolo la sicurezza personale perchè conceda i diritti di legittima difesa; il diritto di questa difesa nasce immediatamente dall'aggressione stessa e dal pericolo che essa ingenera; l'essersi volontariamente esposto all'aggressione non modifica nè la natura dell'assalto nè la gravità del pericolo. D'altra banda non puossi al certo dire che vi sia da sua parte provocazione alcuna; la sola ostinatezza di non volersi sottrarre con la fuga agli assalti di un malfattore non può esser riguardata come un atto di provocazione contro di lui. In iscorcio, la ragione senza dubbio consiglia la fuga, ma la legge non ha fatta distinzione al-

cuna; essa protegge la difesa tostochè è provata l'aggressione e il pericolo, senza indagare se si sieno avuti i mezzi di fuggire e non se ne sia tratto profitto.

Noi però stiamo in forse di estendere questa sentenza al caso in cui l'aggressione venga da un maniaco, da un ubbriaco, da un fanciullo, da un agente della forza pubblica che per errore ci scambia per un altro. In queste svariate ipotesi, il diritto di respingere la forza è certo, esso, come si è detto, deriva dallo stesso pericolo (4). Ma debbesi supporre, come dice Puffendorff, che non ci sia altro mezzo da schivare il pericolo onde si è minacciato: « condizione, soggiunge lo stesso autore, che non debb'essere sì scrupolosamente osservata quando l'aggressione viene da meditato proponimento (5). Di fatti, non è solamente un atto di prudenza, ma sibbene di stretto dovere l'evitare lo scontro di un furioso, di un ubbriaco, di un fanciullo, e di fuggire, se si offre il destro, innanzi i loro colpi. In questi casi il timor dell'onta non deve consigliare a scansar la fuga, l'umanità imperiosamente comanda di schivare simili aggressioni per non esser poi nella necessità di respingerle. Qui dunque l'imprudenza diventa una colpa grave, e se si prova che l'agente poteva evitar l'aggressione e non l'ha fatto, pare difficile ammettere in suo favore l'eccezione di legittima difesa.

Tutto al più, se fosse nopo stabilir qualche regola generale, come guida del giureconsulto in questa difficile materia, dovrebbesi anche tener sempre innanzi gli occhi che la loro applicazione è subordinata alle mutabili circostanze di fatto. Mille gradazioni possono scervere gli atti di aggressione e di difesa; per bene valutarle uopo è riportarsi al punto dell'avvenimento; uopo è tener conto della forza fisica, del carattere e dello stato in cui si trovava la persona aggredita. Perchè vi sia legittima difesa il pericolo debbe valutarli non quale si presenta agli occhi dei giudici, ma quale si è presentato agli occhi di colui che fu assalito; uopo è dunque pigliare in considerazione il suo terrore, la sua debolezza, le cause che han potuto offuscare il suo intelletto; se di buona fede egli ha creduto trovarsi in pericolo questa buona fede lo protegge e legittima la sua difesa; l'opera del giudice

(1) Giulio Claro, §. *Homicidium*, n. 32; Farinacio, quist. 125, n. 121 e 127.

(2) Baldo, nella leg. 3, Dig. de justit. et iure; Damoderio, prat. crim. cap. 76, n. 7. Questi autori si poggiavano sul seguente paragrafo degli Istituti: *Injuria autem occidere intelligitur qui nullo jure occidit; si autem qui latronem occidit non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest. Inst. de lege Aquilia, § 3.*

(3) Cap. 5, l. 2, §. 13.

(4) Grozio, l. 2, cap. 1, n. 5.

(5) Diritto di natura e delle genti, l. 2, cap. 5, p. 5.

alà tutta in fissare il punto in cui la persona assalita vedeva cessata la necessità della difesa ed intanto continuava nella lotta, non più per garantire la sua vita ma per vendicarsi. (1)

Il terzo requisito che legittima la difesa si è che l'aggressione sia *ingiusta*.

Le ferite e gli omicidi sono giusti quando sieno comandati dalla legge ed eseguiti dall'autorità legittima; tale è la esecuzione di una condanna di morte, tale è l'omicidio commesso dalla forza pubblica in una sedizione. Il condannato o le persone presenti alla esecuzione della condanna, gl'individui feriti nel tumulto della sedizione non potrebbero addurre il pericolo che minacciava, sia loro stessi, sia gli altri, per giustificare le violenze che avessero commesse. La loro difesa sarebbe un misfatto novello perchè costituirebbe un atto di ribellione contro la legge.

Per contrario, gli omicidi e le ferite sono ingiusti quante volte commettonsi senza diritto. Non è mica necessario che l'aggressore sia conscio della ingiustizia della sua aggressione; il maniaco e l'idioti non hanno questa coscienza; basta che l'atto sia in sé ingiusto. « Per rendere innocente la difesa di se stesso, ha detto Grozio, è sufficiente che l'aggressore non abbia alcun diritto di assalirci, e che nulla c'imponga il debito di soffrire la morte senza opporre resistenza alcuna (1) ». Così, quando anche l'aggressore fosse in buona fede, come ad esempio il soldato che credesse di eseguire un superiore comandamento, o colui che fosse fuori di senno, non si avrebbe meno il dritto di difendersi, ed in questo senso uopo è dire con lo stesso autore che questo dritto deriva direttamente ed immediatamente dalla cura della propria conservazione, e non già dall'ingiustizia e dal delitto dell'aggressore (2).

Ma non sempre agevole cosa si è discernere la giustizia o ingiustizia dell'aggressione. Supponete che una persona sia provocata da violenze commesse sopra di lei da un terzo; cedendo ad un sentimento di vendetta irrompe a sua volta contro l'offensore a vie di fatto che mettono la vita di lui in pericolo. Si trova questi nello stato di legittima difesa? se egli

per difendersi commette un omicidio può dirsi giustificato? Intorno a tale questione l'uffendordio si esprime in questi termini: « La legge naturale, senza dubbio, comanda che l'aggressore dia soddisfazione all'offeso; questi da sua banda è in debito di non negargli la venia che lui chiede, e spogliarsi d'ogni astio contro di lui quando dia prova di vero pentimento del suo fallo, e gli offra in pari tempo il risarcimento del danno con tutte le garanzie necessarie per l'avvenire. Se dunque l'aggressore, dopo aver negata la giusta soddisfazione onde era richiesto, si difende contro l'offeso che a sua volta l'attacca per vendicarsi dell'ingiuria, egli accumula offesa sopra offesa. Ma se l'offeso, non contentandosi delle ragionevoli soddisfazioni offertegli dall'offensore, vuole a qualunque patto prender vendetta con le armi, e trascende in ingiusta violenza, colui che fu primo aggressore può allora difendersi legittimamente (1). »

Questo avviso che riflette le querele tra nazione e nazione anziché tra privati, ove si applichi alle aggressioni di costoro non può dirsi immune da censura. Una distinzione domina tutta la controversia, è da esaminarsi se l'aggressore avesse minacciata la vita della persona o se non mirasse che ad oltraggiarla; dappoiché, diversa è in questi due diversi casi la condizione delle parti. Nella prima ipotesi, la persona assalita trovasi nello stato di legittima difesa; percuotendo il suo avversario essa non fa che esercitare un diritto; le sue violenze sono lecite; l'aggressore può schivarle con la fuga, ma se egli si ostina nella lotta ed in essa commette l'omicidio, come distinguere se egli l'abbia commesso per difendere la propria vita o per compiere il misfatto che meditava. Debbonsi forse distinguere le diverse fasi della rissa per valutare se nell'atto che fu commesso l'omicidio egli era aggressore o solo intendeva alla difesa? Ma quando anche non avesse ucciso che per difendersi, l'omicidio non sarebbe forse una conseguenza della sua aggressione, una continuazione dello stesso fatto? Egli non ha fatto che consumare con maggiori o minori sforzi il suo reato, il pericolo che ha corso non potrebbe modificare la natura del suo fallo.

Nell'altra ipotesi è cangiata la posizione dell'agredito; se l'aggressore non ha inteso che fargli un oltraggio, la legge non gli c'ò

(1) Qui possono applicarsi molte regole sviluppate nel capitolo precedente.

(2) Lib. 2, cap. 2, §. 5.

(3) Lib. 2, cap. 1, §. 5.

(4) L. 2, cap. 3, p. 19.

cede il diritto di farsi giustizia con le proprie mani, lo scusa ma non lo giustifica, attenua la pena ma lo punisce. Le violenze che esso commette costituiscono dunque una ingiusta aggressione, giacchè vanno al di là della gravezza delle vie di fatto costitutive dell'oltraggio; l'aggressore ha dunque diritto di difendersi; la colpa da lui commessa non potrebbe distruggere un diritto che gli vien dalla natura, mentre egli non deve dar conto che di una ingiuria; gli eccessi nei quali trascorse la persona oltraggiata, senza che fossero necessari alla propria difesa, costituiscono un fallo personale ad essa, le cui conseguenze non possono rifluire sul suo avversario. Se dunque costui non ha ecceduto la necessità della difesa potrà esser giustificato, e gli saranno imputabili soltanto le prime violenze commesse nella sua provocazione.

La stessa quistione si presenta in rapporto al drudo che, sorpreso in flagrante delitto con l'adultera dal marito di lei, e da costui assalito, si difende e l'uccide: « In questo caso, dice Jousse, colui che in tale guisa uccide il marito non merita scusa anzi debb'essere condannato a morte. Questa distinzione viene da che il colpevole di adulterio rimane responsabile di tutte le sue conseguenze (1) ». Tutta la quistione sta in ben deciferare il carattere del diritto che usa l'assaltatore. Il marito ha mai il diritto di uccidere il drudo della propria moglie sorpreso in flagrante delitto? La risposta sta nella legge; essa scusa il marito, si mostra indulgente allo sdegno di lui, ma dichiara questo fatto un delitto e come tale lo punisce. Sicchè, in legge, l'omicidio commesso dal marito in persona del drudo di sua moglie è un omicidio ingiusto; qualunque sia il torto di costui non giustifica mai l'omicidio; egli dunque ha diritto di resistere e di difendere la sua vita, e se la necessità della propria difesa lo riduce ad attentare alla vita dell'avversario, nulla si oppone che egli possa reclamare il beneficio della legittima difesa.

Qui ha fine lo sviluppo degli elementi di questa eccezione. Dalle nostre osservazioni conseguita che per essere ammesso il fatto giustificativo della legittima difesa debbono concorrere tre requisiti: cioè, che l'aggressione sia diretta contro la sicurezza della persona, che quest'aggressione sia ingiusta,

da ultimo, che l'omicidio e le ferite sieno state una necessità di difesa. L'aggressione debbe esser diretta contro la sicurezza della persona, non sarebbe sufficiente se mirasse ai beni o all'onore. Ma la sicurezza della persona non comprende la sola vita; l'aggressione che mirasse soltanto a recar delle ferite, il tentativo di stupro, vanno ancora tra le offese alla sicurezza della persona. L'aggressione debbe essere ingiusta; non vi è legittima difesa avverso la esecuzione di un omicidio legale. Da ultimo, l'omicidio debb'essere una necessità di difesa, e in conseguente uopo è che questa necessità sia attuale; la esistenza del pericolo non sarebbe motivo sufficiente, se questo pericolo fosse già svanito nell'atto che si è commesso l'omicidio. In secondo luogo è mestieri che la difesa non si spieghi se non in proporzione degli sforzi dell'aggressione; dappoichè, se eccede la misura necessaria alla difesa questo eccesso diventa un'aggressione imputabile al suo autore.

Affiancata da tali requisiti la eccezione di legittima difesa giustifica le ferite e gli omicidi commessi non solo per la difesa propria, ma ancora per la difesa altrui. La legge Romana non avea esteso il favore di questa eccezione che alla difesa di se stesso o de'suoi, *sibi vel suis* (2); i dottori hanno, a poco a poco per mezzo di analogie, compresi in questa sfera gli amici, gli ospiti, i vicini (3). Da ultimo, l'antico diritto sentenziava che: « l'omicidio è del pari immune da pena quando commettersi per la difesa di un'altra persona che, senza difesa, senza soccorsi avrebbe corso rischio di perder la vita per mano dell'aggressore (4) ». Così, questo principio di umanità, sanzionato dalla giurisprudenza è entrato nel demanio della scienza, ed il Codice non ha fatto che adottarlo. Le regole che governano la legittima difesa sono dunque le stesse, sia che la ferita o l'omicidio si commetta per difesa propria, sia che si commetta per difesa di altrui; la legge ha soppresso, come giusta la testimonianza di Jousse avean fatto gli antichi pratici, ogni distinzione tra gl'individui della famiglia e gli estranei: il pericolo forma un sacro legame di fratellanza tra gli uomini,

(1) L. 1, §. 4, Dig. ad leg. Corn.

(2) Baldus, in l. 29 cod. unde vi; Bartholus, in l. 3, Dig. de iustitia et iure; Iulius Clarus, §. homicid.

(4) Jousse, tom. 3, p. 305.

(1) Tomo 3, p. 503.

ed è un dovere il dar aiuto a chi è minacciato da ingiusta aggressione, comechè ci sia ingiusto.

La legge, dopo avere in termini generali stabilito il principio della legittima difesa, ha esteso questo principio a due casi particolari su i quali poteva elevarsi qualche dubbio. L'articolo 329 (374) è così concepito: « Sono compresi nei casi di necessità attuale di difesa, i due casi seguenti: 1° se l'omicidio sia stato commesso, se le ferite o le percosse sien date in atto di respingere, in tempo di notte, la scalata o la frattura dei recinti, muri, o entrate in una casa abitata o sue dipendenze; 2° se il fatto abbia avuto luogo in atto di difendersi contro gli autori di furti o saccheggi eseguiti con violenza ».

Il diritto di respingere con la forza delle armi i ladri notturni trovasi consacrato nella più antica legislazione. Nel capitolo precedente, in scerverare i ladri notturni dai durini, abbiamo riportati i testi di legge su cui si appoggia un tal principio (1). La ragione di questo diritto di difesa non deriva, come si avvisa Puffendorff ed altri (2), dalla conservazione della proprietà, la cui difesa riesce più difficile quando è minacciata da un ladro notturno, di cui più tardi non si potrebbero più discernere le sembianze. Pare che meglio si accosti al vero la sentenza di Grozio il quale dice che, nella uccisione del ladro, la legge abbia voluto stabilir la presunzione che il ladro fosse trascorso in violenze contro il padrone di casa e che costui l'avesse ucciso per difendere la propria vita (3). Il vero motivo di questa disposizione si è che il padrone della casa, ignorando la intenzione dell'aggressore, debbe temere che costui pensi non solamente di rubare ma di abbandonarsi ancora a delle violenze, epperò, debbe credersi nello stato di legittima difesa; tale è anche la ragione che assegna Farinaccio: *Præsumitur quod eo tempore fur habuerit animum non solum furandi sed etiam occidendi, vel saltem cum sic de nocte veniat, ratione temporis discerni non possit: an ad furandum an vero ad occidendum venerit* (4).

Di fatti, le aggressioni notturne dirette

contro una casa non ispirano soltanto timori per le cose che vi si contengono; gli abitanti della casa assalita hanno tanto più fondato motivo di paventare disegni micidiali, in quanto che quest'aggressione appalesa più forte audacia ed i soccorsi sono più difficili. Il ladro allora non commette solamente un furto, *jam enim plus est quam fur* (5), egli rendesi colpevole di violenta aggressione; egli dà motivo a temersi funeste conseguenze, egli col suo fatto giustifica i mezzi di difesa che si adoprano contro di lui.

Adunque, l'articolo 329 (374) per nulla deroga alle regole per noi sopra stabilite su gli elementi della legittima difesa. La legge dichiara legittimo l'omicidio non a causa della proprietà minacciata, ma a causa del pericolo onde pare che sien minacciati gli abitanti di una casa assalita nel mezzo della notte. È lo stesso della seconda ipotesi preveduta dal medesimo articolo. L'omicidio diventa legittimo quando è commesso in persona degli autori di furti e saccheggi, allorché questi furti e saccheggi sien commessi con violenza; la legge è vero qui non richiede che questi misfatti sieno eseguiti in tempo di notte; ma lo stato di legittima difesa è la conseguenza delle stesse violenze in qualunque tempo sieno commesse, soltanto da queste violenze deriva la legittimità della difesa. E per fermo, quando esse hanno per scopo di agevolare il furto o il sacco possono diventare estreme e mettere la vita in pericolo. Questo significato appunto dava all'articolo 329 (374) la commissione del corpo legislativo: Questi esempi speciali dell'omicidio legittimamente commesso, sono indicativi non restrittivi; sono menzionati dalla legge per sapersi dai cittadini che se essa consente a dichiarar legittima l'azione, con che si respinge la morte onde siamo minacciati, questo diritto va limitato al solo caso in cui una imperiosa necessità ce ne faccia un dovere ».

Da ciò ne conseguiva che la legittima difesa, nei due casi preveduti dal articolo 329 (374), è governata dalle stesse regole imperanti in tutte le altre ipotesi che la legge non ha specialmente prevedute, abbandonandole al criterio dei giudici. Epperò, sia nel

(1) Esodo, cap. 22, lib. duod. Tabularum, l. 12; l. 9 Dig. ad leg. Corn. de Sicariis; l. 1, Cod. quando liceat unicuique;

(2) L. 2, cap. 5, n. 18.

(3) L. 2, cap. 1, § 12 B. 2.

(4) Farinaccio quest. 125, n. 199.

(5) Degret. greg. de Homicid. volou. vel casuali.

caso di aggressione notturna contro una casa abitata, sia nel caso di furto commesso con violenza, perchè l'omicidio sia legittimo è mestieri che gli atti cominciati o compiuti abbiano dato argomento a temere per la sicurezza della persona, che l'aggressione sia stata commessa illegalmente, e che gli atti della difesa siensi contenuti nei limiti dell'attuale necessità.

Queste regole, le quali anzichè restringere il diritto di difesa altro non fanno che tracciare il limite entro cui può esso legittimamente esercitarsi, non sono quasi che una riproduzione del Romano diritto. La legge delle XII Tavole, quale fu ridotta da Giacomo Goffredo, pare che non richiegga condizione alcuna: *si noctu furtum fiat, furem autem aliquis occiderit, impune esto*; ma questo diritto assoluto di uccidere il ladro notturno non si tenne in vigore per molto tempo. Di fatti, Gaio in citare questa legge aggiunge una condizione di gran momento: *Lex XII Tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur* (1). Così, sia che queste ultime espressioni fossero nella stessa legge delle XII Tavole, sia che, come vuole il Goffredo, fossero state aggiunte al testo di Gaio da Triboniano, esse statuivano un primo requisito pel diritto di difesa, era uopo che il flagrante delitto fosse, in certo modo, provato dalle grida di quelli che venivano assaliti. Nel Digesto trovasi un'altra condizione che fissa i limiti naturali di questo diritto: *furem nocturnum*, dice Ulpiano, *si quis occiderit ita demum impune foret si parcere ei sine periculo suo non potuit* (2); di talchè la legge non accordava l'impunità a chi avesse ucciso un ladro se non quando non si sarebbe potuto risparmiare alla vita di lui senza mettere in pericolo la propria. Epperò, la legge 52, § 1, D. g. *ad legem aquilam*, decide che colui il quale insegue fra le tenebre della notte un ladro ancor carico degli oggetti involati, non ha diritto di percuoterlo o di ferirlo se non quando egli sia stato il primo ad alzar la mano al sentirsi ghermito. La sanzione di tale disposizione trovasi in un frammento di Ulpiano, onde risulta che colui il quale avesse ucciso un ladro notturno poteva esser te-

nuto dei danni ed interessi, e che colui il quale avea preferito di ucciderlo quando poteva arrestarlo, andava soggetto alle pene dell'omicidio volontario: *Si quis noctu furem occiderit, non dubitamus quin lege aquilia teneatur; sin autem cum possit apprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecis e videatur: ergo etiam lege Cornelia tenebitur* (3). Da ultimo, pare che l'Imperatore Valentiniano volesse restringere anco di più il diritto di uccidere i ladri non accordandolo che ai soli abitanti delle campagne, senza dubbio perchè le città offrono più mezzi di soccorsi.

Queste disposizioni sono poggiate su quel principio sociale che la vita degli uomini non può dipendere se non dalla legge. Come mai il solo fatto di sorprendere un ladro, ancorchè di notte e nello stato di flagrante delitto, può dar diritto ad ucciderlo? Il furto è forse punito di morte pel solo motivo che sia commesso di notte? può mai competere ai privati la facoltà di farla arbitrariamente da giudici e dare a lor talento le pene? Ripetiamolo dunque con la legge Romana: il diritto di legittima difesa può esercitarsi non a causa del furto ma a motivo del pericolo che dalla esecuzione del furto può derivare per la persona. Questo principio che si attinge dalla coscienza stessa si è trasfuso nella nostra legislazione senza esser menomamente modificato.

Di fatti, suppongasì che dei ladri tentino, per mezzo di scalata o frattura, introdursi in un giardino, dipendenza di una casa abitata; suppongasì che il loro fine, fatto già palese nei primi furti, sia di rubare delle frutta; suppongasì da ultimo che non ci sia adito alcuno che dal giardino immetta nella casa. Coloro che abitano la casa potranno certamente pigliare tutte le precauzioni, e far ricorso anche a vie di fatto per respingere i ladri o arrestarli; ma potranno mai valersi di armi omicide quando non sien minacciati da pericolo personale? Noi teniamo per la negativa. La legge non ha confidata la vita dei ladri ai dirubati come pegno della loro proprietà; essa non concede l'estrema facoltà di commettere impunemente un omicidio che in caso di attuale necessità, nè l'omicidio può riputarsi necessario che nel caso in cui non si sia potuto salvare la propria vita senza com-

(1) L. 4, Dig. ad leg. Aquil.

(2) L. 8, Dig. ad leg. Corn. de Sicariis.

(3) Collatio rerum mosaicarum et romanorum, tit. 7: Terrason su la legge 1a delle XII Tavole.

metterlo, *si parere si sine periculo suo non potuit*. Debbesi però aggiungere che la quistione cangerebbe aspetto se gli abitatori della casa fossero usciti ad inseguire i ladri, e costoro sul punto di essere arrestati gli avessero assaliti per assicurare la loro fuga: tale era precisamente la specie della legge *Tabernarius* per noi sopra citata (1). Allora, come dice questa legge, dovrebbero decidere che avendo i ladri assaliti coloro che gl'inseguivano sien questi ridotti nello stato di legittima difesa, quindi godano del privilegio accordato dall'articolo 329 (374).

Mettiamo a disamina un'altra ipotesi: supponiamo che gli abitatori della casa abbiano avuti giusti motivi di temere per la loro sicurezza personale, ma che abbiano soltanto trasmodato nel difendersi oltre i limiti di una attuale necessità; come ad esempio, se essi abbian scaricata un'arma contro i ladri allorchè costoro non avean dato cominciamento ad alcun atto preparatorio del loro reato, o quando vedendosi scoperti sien caduti d'animo e datisi alla fuga. Gli autori dell'omicidio potranno esser dichiarati imputabili: di fatti, per cancellare il reato la legge richiede che l'omicidio sia stato commesso in atto di respingere la scalata o la frattura dei recinti; per verità, noi opiniamo che queste espressioni non debbano essere rigorosamente intese, nè potrebbesi, come già abbiamo osservato sul proposito dell'articolo 322 (377), negare agli abitatori di una casa, contro cui si prepara un'aggressione, il diritto di ricorrere ad atti di difesa innanzi che la scalata o la frattura sia tentata, e quando gli assalitori non sieno peranco intenti che a preparare l'aggressione. Ma se lice estendere i termini degli articoli 322 e 329 (377 e 374) a casi analoghi a quelli da essi preveduti, non lice però deviare dal principio che questi articoli hanno implicitamente proclamato. Questo principio si è che per essere scusato o legittimato l'omicidio uopo è che sia stato commesso per necessità di pericolo personale.

Da ultimo si presenta una terza ipotesi. La difesa cessa di esser legittima se legittima sia l'aggressione, se essa avvenga per autorità della legge e per mano di agenti della forza pubblica. Ma, eccetto i casi di manifesta resistenza, è principio assoluto che la casa di

ogni cittadino sia inviolabile in tempo di notte. E per fermo, niuno ha dritto d'introdursi in tempo di notte nella casa di un cittadino se non nei casi d'incendio, d'inondazione o di reclami che vengono dall'interno della casa (2). Da ciò ne conseguita che non sia mai lecito assalire in tempo di notte la casa di un cittadino, epperò, sotto questo rapporto, la difesa sarebbe sempre legittima quando anche si recasse in atto contro gli agenti dell'autorità pubblica, poichè questi agenti avrebbero allora sconosciuti i loro doveri.

A questa disamina dei casi di legittima difesa porrà fine una necessaria osservazione, ed è: che la legge non ha mica indicato il carattere dei reati cui mirano i notturni aggressori: il diritto di difesa è dunque lo stesso sia che con l'aggressione si tendi ad un furto, sia che si miri a qualunque altro reato, come rapto, stupro o violenza di qualunque genere.

Da quanto si è discorso discende come corollario una interessante quistione. Noi abbiain tracciati i limiti del diritto di difesa, ed indicati i casi nei quali s trascendono questi limiti. Or, quale sarà la sanzione di questi principj? a qual pena andrà soggetto chi li abbia violati? Una distinzione diletua ogni dubbio: o gl'imputati hanno operato fuori i casi di legittima difesa, o trovarlisi in uno di questi casi non hanno fatto che eccedere nella loro difesa i limiti della necessità.

Nel primo caso essi non possono invocare la eccezione di fatti, la legge non dichiara scusabili gli omicidi e le ferite se non quando la difesa della persona facevali di assoluta necessità; se questa necessità, tale quale noi l'abbiam definita, non è provata dall'imputato questi non può invocare la eccezione che vi è subordinata. Rimane allora soltanto ad esaminarsi se il fatto allegato non potendo costituire l'eccezione di legittima difesa possa costituire la scusa legale della provocazione.

Nel secondo caso, la eccezione garantisce l'imputato da tutti gli atti a cui fosse stato spinto dalla necessità; ma egli rimane responsabile dei fatti commessi dopo che il pericolo era svanito, dopo che non vi era più la necessità. Or, quale è il carattere di questa responsabilità, a quali pene può andar soggetta? Pare che per stretto diritto dovrebbe decidere che l'agente va soggetto alla pena comminata dalla legge contro gli atti commessi

(1) L. 52, §. 1, Dig. ad leg. aquil.

(2) V. Tom. 2, p. 289.

fuori la necessità della difesa. Così, supponiamo che Tizio, assalito da un brigante, gli assaeta un colpo che gli toglie ogni mezzo di difesa e poi gli fa altra ferita, questa ultima ferita non era necessaria alla propria difesa, essa gli è dunque imputabile e rientra nel novero delle ferite volontarie che son prevedute e punite dal Codice Penale.

Nondimeno, questa interpretazione sa di troppa severità, uopo è avere riguardo del terrore onde era compreso l'assalito, del moto irresistibile che lo trascinava, della precipitanza della sua azione. Egli fu troppo corrico ad agire ma non ebbe intenzione criminosa, ha commesso una imprudenza non già un reato, fu reo di colpa anziché di dolo. Questo era anche l'avviso dei dottori: *Quando quis licitae defensionis modum excedit, dicitur ex culpa et non in dolo* (1). Di là ne viene che la pena debb'esser quella della colpa non del delitto, una pena non corporale ma pecuniaria: *pro excessu moderaminis inculpatae tutelae non imponitur poena corporalis, sed pecuniaria* (2). L'eccesso della difesa, per quanto rimane nei cancelli di una colpa, debbe risolversi in danni e interessi.

Questa soluzione, è contrastata dalla giurisprudenza della Cassazione, la quale ha deciso: « che per massima generale, per esservi luogo a danni e interessi è mestieri che ci sia colpa; che la difesa di se stesso è di diritto naturale; che ai termini dell'articolo 328 Cod. Pen. (372 Il. p.) essa esclude ogni reato; che essendo permessa dalla legge positiva come da quella di natura, essa esclude anche l'idea di colpa; che non può dunque competere azione per danni e interessi in prò di colui che l'ha resa necessaria mercè la sua aggressione (3) ». Questa dottrina non è consona a' retti principj. Se la difesa di se stesso è permessa dalla legge non ue siegue da ciò che non possa andar mai congiunta a colpa; imperocchè può stare che l'agente, anche valendosi di questo diritto di difesa, non sia immune dalla taccia d'imprudenza e di precipitanza, che non abbia misurato la resistenza con l'aggressione, che abbia continuato a dar dei colpi quando l'aggressione era cessa-

ta; certamente, in questo stesso caso, l'accusato non è colpevole nel senso legale della parola, egli debb'essere assolto, dappoichè, come abbiain già detto, questo eccesso non costituisce un delitto. Ma per darsi luogo all'azione per danni-interessi, non è necessario che il fatto sia qualificato reato, è sufficiente una semplice colpa; se questa colpa sta nell'eccesso di una difesa legittima, questi danni potranno esser reclamati *pro ratione excessus* (4).

Del rimanente, è da notarsi che nella specie della Decisione dei 19 dicembre 1817, il Giuri avea chiaramente dichiarato che l'accusato trovavasi nello stato di legittima difesa: ma la Corte di Cassazione ha di poi deciso: che la quistione di legittima difesa non è una quistione di scusa che possa esser proposta separatamente, mentre va di necessità compresa nella quistione: se l'imputato sia o pur no colpevole (5). Or essendo massima elementare che l'accusato, assoluto con decisione la quale lo dichiara non colpevole, può non dimeno esser condannato ai danni-interessi in pro della parte civile (6), ne conseguita che, secondo tale giurisprudenza, non può più elevarsi simile quistione, e che la Corte di Assise abbia il diritto di valutare se il fatto materiale benchè scevro di reità possa, a causa del pregiudizio cagionato, dar luogo ai danni-interessi. E per fermo, come fare una eccezione nei casi ne quali l'assoluzione sia motivata dalla legittima difesa? La dichiarazione del Giuri non enuncia motivo alcuno, e la quistione di legittima difesa è assorbita dalla dichiarazione che dice l'imputato non colpevole. Perciò non si potrebbe contendere quel diritto alla Corte d'Assise (7).

Per compiere la materia che forma il soggetto di questo capitolo ci rimane a far osservare che l'eccezione di legittima difesa può essere invocata sia dal marito che uccide la moglie sia dalla moglie che uccide il marito, sia dal figlio che alza la mano contro suo padre.

(1) Farinacio, quist. 125, n. 397. Menochio de arbit. — Giulio Claro, § *homicidium*.

(2) Ibid.

(3) Cass. 19 Dicembre. 1817, Sirrey, 18, 1, 170 — Daltos, 21, 301.

(4) Ved. in questo senso il nostro tom. 1, pag. 58

(5) Cassaz. 13 marzo 1835 — Sirrey, 35, 474.

(6) Cass. 5 maggio 1832 (Giorn. del diritto Crim. 1832 pag. 122).

(7) Ved. in questo senso Decisioni delle Corti d'Assise de l'Herauld e de l'Aveyron, 20 dicembre 1831 e 13 nov. 1835 (Giorn. del diritto crim. 1832, pag. 22, e 1836, pag. 175).

I più sacri diritti che derivano dalla natura o dalla legge cedono al istinto della conservazione della vita. La moglie non è più nel dovere di rispettare il marito, nè il figlio di venerare il padre nell'assassino che attenta ai loro giorni. Il misfatto spezza i vincoli dei doveri ed arma la vittima del diritto di difendersi. Eppure, l'art. 323 del Cod. Pen. (385 ll. p.), il quale dichiara che il parricidio non è mai scusabile, si applica soltanto alla scusa di provocazione e non può estendersi alla eccezione di legittima difesa. Così l'articolo 324 non nega ai coniugi, per gli omicidi commessi fra loro,

che la scusa di provocazione, esso implicitamente ammette il fatto giustificativo della difesa. Noi, spiegando questo articolo nel capitolo precedente, abbiain veduto che in dichiarare l'omicidio scusabile solamente nel caso che sia stata messa in pericolo la vita del coniuge uccisore, l'articolo non ha esclusa la completa giustificazione di lui quando l'attentato fosse manifestamente diretto contro la sua vita (1).

(1) Ved. pag. 197.

CAPITOLO XII.

DEGLI ATTENTATI CONTRO I COSTUMI

Rapido cenno delle disposizioni dell' antica legislazione su questo soggetto — Caratteri della fornicazione, dello stupro, del ratto per seduzione, dell' incesto, della sodomia ec. — La legge penale non si è ora occupata più di questi atti — Limiti dell' azione penale e distinzione fermata in questa materia — Quali fatti vanno soggetti a pena — §. I. DEL PUBBLICO OLTERRAGGIO AL PUDORE — Elementi costitutivi di questo reato — Cosa debbasi intendere con le parole: oltraggio al pudore — Non bastano le parole indecenti ma ci vuole un atto materiale — Caratteri di questo atto — È mestieri che questo atto sia commesso pubblicamente — Qual è il carattere di questa pubblicità — Cause diverse onde risulta questa pubblicità — Della pubblicità risultante dall' essersi il reato commesso in luogo pubblico — Quali luoghi sono pubblici — Dei luoghi pubblici assolutamente o relativamente — Della pubblicità risultante dal fatto indipendentemente dal luogo — Epilogo di questi principj — §. II. DELL' ECCITAMENTO ALLA DISSOLUTEZZA — Ricerche Storiche intorno la punizione di questo reato presso il diritto Romano e l' antico nostro diritto — Caratteri che gli furono attribuiti da queste legislazioni — La nuova legge li ha mantenuti — Disamina del suo testo — Elementi del reato — Variazioni della giurisprudenza — Principj della materia — Applicazione ad alcuni esempi — §. III. DELL' ATTENTATO AL PUDORE SENZA VIOLENZA — Motivi della nuova disposizione dell' articolo 331 — Caratteri del reato — §. IV. DELL' ATTENTATO AL PUDORE CON VIOLENZA E DELLO STUPRO — Caratteri comuni e distintivi dell' attentato e dello stupro — Caratteri speciali dell' attentato — Del tentativo dell' attentato — Dell' attentato commesso tra persone dello stesso sesso, tra i congiunti — Caratteri speciali dello stupro — Segni caratteristici della violenza — Complicità di questi reati — commentario degli articoli 330, 331, 332, 333, 334 e 335 del Codice Penale (art. 330, 332, 333, 334, 335; 340, 341, 342, 343, 344 e 345 LL. P.)

Le nostre antiche leggi avevano spiegato estremo rigore nella repressione degli attentati ai costumi. Esse non avevano ben distinto il limite che separa l'atto immorale dal reato. Il legislatore, dominato da prima dall'idea di emendare i costumi (1), trascinato di poi per la stessa via con più forza dalle idee religiose, confondeva nelle sue imputazioni coi

fatti di violenza e di corruzione tutti gli atti di libertinaggio, tutte le immoralità, tutte le opere disonoranti che son riprovate dalla morale e che invisibiliscono l'uomo, ma cui la società è necessitata a non infligger pena fino a che non trasmodino in pubblico scandalo. Così la legge, facendone altrettante classi di graduata reità, aveva preveduta la fornicazione, lo stupro, il ratto per seduzione, l'incesto, la sodomia e la bestialità.

La fornicazione semplice sfuggiva al rigore della legge penale: *fornicatio simplex de jure civili non est prohibita* (2). Ma con que-

(1) Ved. la leg. Giulia de adulteriis nel Digesto: *Haec lex lata est a Divo Augusto* (l. 1, hac lege). Questa legge comprendeva non solo il delitto di adulterio ma anche quello di stupro (*stuprum et lenocinii coercionem*).

(2) Gialiq. Claro §. fornicatio, N. 1. Farinacio

sta parola intendevasi soltanto l'usare con delle donne o vedove di maggiore età, che consentivano far copia del proprio corpo, o per meglio dire, con donne pubbliche (1). L'imperator Costantino vietava in questi casi qualunque procedimento, perchè queste donne, per la viltà di loro vita, non meritavano l'attenzione della legge: *Hae autem immunes a judiciaria severitate praesentur quas vitae vilis dignas legum observatione non credit* (2). La fornicazione non dava neppure luogo ad azione per danni-interessi, giusta la massima: *scienti et consentienti non fit injuria neque dolus*.

Non era così quando la fornicazione fosse accompagnata da circostanze che ne aggravassero i suoi caratteri: essa allora prendeva il nome di stupro, o ratto con seduzione (3). Al dir di Muyart de Vouglans tra lo stupro e la fornicazione vi è questa differenza, che l'ultima commettesi con donne di mala vita le quali si prostituiscono a prezzo d'oro, mentre lo stupro suppone che la giovane o vedova sia stata fino allora di fama immacolata, e che si sia fatta sedurre dalla sola speranza di matrimonio (4).

Epperò, lo stupro suppone che si sia con promesse o doni sedotta una donna stata fino allora di fama intemerata: *stupri flagitium puniunt cum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit* (5). La pena di questo delitto, nel diritto Romano, era la confiscazione delle mettà dei beni, se il colpevole fosse di condizione civile, ed una pena affittiva con la relegazione, se il colpevole fosse di condizione vile (6). Il Diritto canonico voleva che il colpevole fosse condannato a

togliere in moglie la donna sedotta, ed in caso di rifiuto a dotarla. Questa consuetudine, osservata per lungo tempo, era rimasta in vigore in qualche parte della Francia fino 1730; epperò fu mestieri che una dichiarazione del 22 novembre 1730 l'avesse espressamente abolita. Questa dichiarazione fu dettata dall'esperienza onde si era appreso che le donne faceano un oggetto d'industria di questa pena per procurarsi vantaggiosi partiti (7).

L'articolo 3 di questa dichiarazione portava: *Gl'individui, sia di maggiore sia di minore età, che si trovano soltanto colpevoli di un commercio illecito, saranno condannati a quelle pene che detterà il bisogno del caso*. Muyart de Vouglans attesta che queste pene, secondo la giurisprudenza, consistevano in semplici elemosine col risarcimento dei danni-interessi, eccetto i casi nei quali la gravità delle circostanze o la condizione dei colpevoli, potessero dar luogo a pene corporali (8).

Il ratto con seduzione era un delitto più grave: esso, ai termini dell'articolo 1° della dichiarazione del 22 nov. 1730, consisteva nel fatto di avere sedotto e snobbato con artificiosi modi, dei giovanetti o giovanette, ancorchè vedove, minori di 25 anni, per giungere ad unirsi in matrimonio all'insaputa, o senza il consentimento dei padri, madri o tutori. Così non era necessario che la persona sedotta fosse stata rapita; uopo era soltanto che questa persona fosse di minore età, e che la seduzione si fosse praticata all'insaputa o a dispetto dei genitori: da ciò gli venne il nome di *raptus in parentes* (9).

La pena era molto severa; l'articolo 2° della stessa dichiarazione, riproducendo l'articolo 42 dell'ordinanza di Blois e la dichiarazione del 26 novembre 1639, portava: « vogliamo che chiunque sia convinto del delitto

de delictis carnis, quist. 137, N. 41 — La legge canonica portava: *Specialiter intelligitur fornicatio in usu viduarum, vel meretricium vel concubinarum*.

(1) Damuderio, cap. 93, p. 29, assegna questa ragione alla tolleranza della legge civile: *eam majoris mali vitandi gratia prudenter permittit et dissimulat justitia secularis*.

(2) L. 29 Cod. ad leg. Iul. de adult.

(3) Damuderio, p. 291 esprimevasi così: *Quo, quaeque, supplicio afficiendi sunt qui virginum florem et virginietatem, thesaurum incomparabilem, callide eripiunt, violentum stuprum dicitur propriè raptus*.

(4) Leg. crim. pag. 212.

(5) Inst. l. 4, de pub. judicis, §. 4.

(6) Inst. ibid. l. 37, §. 1, Dig. ad leg. Iul. de adulteris.

(7) Su la istanza della donna che chiede d'impatimare colui onde dicesi subornata, o sul consenso che il timor della morte strappa sempre al condannato, un Commissario del Parlamento lo conduce in chiesa coi ceppi ai piedi, mentre che la donna è libera; ivi senza pubblicazioni, col solui intervento del giudice secolare si stringe un matrimonio che ebbe principio dalla dissolutezza, e la cui conseguenza, sempre tristi, hanno resa questa giurisprudenza odiosa a quegli stessi che la seguono sull'esempio dei loro padri » (Preamb. dell'ordinaz.

(8) Leg. crim. p. 212.

(9) Ved. *infra* il nostro capitolo sul *ratto de minori*.

ratto per seduzione sia condannato alla pena di morte, senza potersi dichiarare che si possa schivare questa pena impalmando la persona rapita ». Non di manco, i parlamenti non applicavano questa pena che nei casi in cui l'accusato avesse messe in opera delle pratiche odiose per riuscir nell'intento, o quando fosse stato servo; tutore, medico, padrone o confessore della persona sedotta. Anche di presente trovansi tali disposizioni, modificate soltanto nelle pene, presso le leggi Americane (1).

L'incesto è il commercio illecito tra persone che non possono unirsi in matrimonio per causa di loro parentela o affinità; la pena dell'incesto era la morte sia che fosse commesso tra ascendenti e discendenti, sia tra fratelli e sorelle, sia tra suoceri e nuore, sia tra generi e suocere (2).

La stessa sorte era serbata a colui che avesse avuto successivamente commercio con la madre e con la figlia. L'incesto dei cognati con le cognate, degli zii con le nipoti andava soggetto ad una pena arbitraria. Tale criminoso commercio è, anche di presente, punito presso la più parte dei popoli: gli statuti della Nuova York lo puniscono con una prigionia in un penitenziere per dieci anni al massimo (tit. 5, § 12, N. 3); il Codice della Georgia l'assoggetta alla stessa pena pel corso di uno a tre anni; il Codice di Austria ad una prigionia da sei mesi ad un anno; il Codice di Prussia commina una detenzione in un Forte pel corso di 9 a cinque anni, se l'incesto sia commesso tra gli ascendenti e discendenti, ed una reclusione da uno a due anni se l'incesto sia commesso tra fratelli e sorelle giunti alla pubertà (art. 109).

Da ultimo, la sodomia e la bestialità eran punite con l'ultimo supplizio: è però da notarsi che presso gli antichi Romani il primo di questi vizi non era punito che con un'ammonda di due mila sesterzi (3). Gli Imperatori Cristiani commisero la pena di morte, e sono notevoli le parole che adopera Costanti-

no in statuire questa pena: *Iubemus insurgere leges, armori jura gladio ultore ut exguisitis poenis subdantur infames qui sunt vel qui futuri sunt rei* (4). Un capitulare di Carlo Magno, che si riporta a questa legge, prescrive del pari l'applicazione della pena di morte: *Scimus quoniam talium criminum patratores, lex Romana quae est omnium humanarum mater legum, igne cremari jubet. Scire enim vos cupimus, quia quicumque super his aut faciens aut libenter consentiens inventus fuerit, nos eum juxta praedictam Romanam legem velle puniri* (5).

Muyart de Vouglans attesta che la disposizione del diritto Romano era seguita nel regno, ed aggiunge: « che l'uso costante si era d'infligger la pena del fuoco, ad esempio del castigo provocato dalla giustizia divina ». Iousse riporta un gran numero di arresti che hanno comminata questa pena (6). Alcuni legislatori moderni hanno continuato ad assoggettare a pena questi abominevoli atti; l'articolo 113 del Codice di Austria punisce con sei mesi ad un anno di prigionia « l'attentato contro natura » l'articolo 1070 del Codice di Prussia commina una detenzione correzionale con la pena della frusta, seguita dall'esilio perpetuo; la legge Inglese non ha mica aboliti i suoi statuti che permettevano finanche la pena di morte; da ultime, la legge Americana pronunzia una detenzione che può elevarsi fino a dieci anni.

Gli svariati fatti qui per noi cennati, comunque disonorevoli e criminosi, pure hanno cessato di bruttare le pagine del nostro Codice Penale. Distratti dai tribunali di repressione, per le leggi dei 19 — 22 luglio e 25 settembre — 6 ottobre. 1791, furono del pari sbandeggiati dalle disposizioni del nostro Codice; il legislatore si è limitato a noverar fra i reati gli atti indecenti che si commettono in pubblico, i fatti di corruzione praticati coi minori e le violenze commesse sulle persone. E per fermo, a questi soli atti dee circoscriversi l'azione della legge: questi soli recano altrui un danno visibile e valutabile;

(1) V. articolo 244 del Codice del Brasile, l'articolo 242 del progetto del Codice della Luigiana.

(2) Gloss. in l. 2, Cod. de adulteriis; Damodrin, cap. 94, N. 4; Boerio, quist. 318, N. 3; Farinacius, quist. 149, N. 62 — Capitulari di Childebert: *Si quis uxorem patris acceperit mortem incurrat*.

(3) Leg. Santina, Cicerone, Epist., lib. 8, 12 e 14; Svetonio in Domiziano cap. 8. Quint. inst.

(4) L. 31 Cod. ad leg. Jul. de adulteriis, Nov. 117 de his qui luxuriantur contra naturam, cap. 1° Ved. anche il Levitico, cap. 18 e 20.

(5) Capit. di Carlo Magno, cap. 108. Gli autori citano nello stesso senso il § 5 delle Costituzioni di S. Luigi così conceputo.

(6) Tom. 4, p. 119.

essi soli si appalesano con un fatto materiale che può esser colpito dalla giustizia. Gli altri eseguiti in segreto, coverti d'ordinario da impenetrabile velo, non apportano direttamente alcun disordine alla società che l'ignora, non recano danno che ai loro autori i quali ne vanno inviliti. D'altra banda, potrebbe la giustizia perseguitarli senza esporli ad alcun pericolo? Quale scandalo non verrebbe da tali procedure? Quale sarebbe il vantaggio d'essersi squarciato il velo che copriva tante turpitudini, tanti vergognosi misteri? Può mai dirsi che la morale abbia interesse a simili scoperte? Il silenzio della legge meriterebbe ogni lode quando anche non fosse dettato che da un sentimento di rispetto verso il pubblico pudore; è pur troppo che la giustizia sia forzata a propalare con la pena il delitto, quando lo scandalo sia stato pubblico e violentata la libertà della persona. E poi qual sarebbe la conseguenza dell'intervento dell'azione pubblica? Ciò non importerebbe forse legittimare l'inquisizione dei magistrati sulla vita privata dei cittadini, assoggettare alle loro investigazioni le opere più segrete, in una parola, schindere il santuario dei domestici lari? Fu dunque molto savia la legge in distinguere tra gli atti immorali quelli che, comunque rivelatori di licenziose abitudini, pure non recano alcuna diretta offesa ad altrui, e quelli che tendono a cagionare o cagionano altrui un danno; era sano consiglio abbandonare i primi alla sola pena dei rimordimenti della coscienza e dell'onta pubblica, e non statuire delle pene che contro gli atti alla cui repressione la società ha vero interesse. Era anche sano consiglio che la legge spiegasse maggior rigore quando l'attentato ai costumi da essa preveduto fosse uno di quegli atti infami che gli antichi riguardavano come misfatto.

Le leggi del 1791 non avean preveduto che l'attentato pubblico al costume, la corruzione della gioventù e lo stupro. Il nostro Codice ha portato più oltre la sua antiveggenza: i fatti da esso preveduti sono l'oltraggio pubblico al pudore, l'eccitare la gioventù alla dissolutezza, l'attentato al pudore commesso senza violenza in persona di fanciulli minori di undici anni, l'attentato al pudore tentato o consumato con violenza, lo stupro e l'adulterio.

Questi svariati delitti o misfatti saranno a noi successivamente disaminati in altrettanti

tanti distinti paragrafi; il solo adulterio avrà un capitolo speciale.

§ I.^o*Dell'oltraggio pubblico al pudore.*

L'articolo 330 del Codice Penale (345 ll. p.) è così conceputo: « chiunque abbia commesso un oltraggio pubblico al pudore sarà punito con una prigionia di tre mesi ad un anno e con un'ammenda di 16 a 200 franchi ». (a)

Da queste parole si hanno assai nettamente i due elementi del reato: è uopo che sia commesso un *oltraggio al pudore* e che lo sia stato *pubblicamente*.

La legge non ha mica definito cosa debbesi intendere con la parola *oltraggio al pudore*; questa definizione non era così agevole; questo reato può presentarsi sotto mille aspetti, vestire mille forme diverse. Invano forse si tenderebbe circoscriverlo in limiti fissi ed invariabili. Ma in difetto di una definizione, debbe esser nostra cura di fissare i suoi generali caratteri.

Il sig. Monseignat, nel suo rapporto al corpo legislativo, diceva: « È vana cosa venir indicando questi reati partitamente. Nè anche agevole cosa sarebbe discernere gli atti di familiarità che sono scusati dall'incivilimento, i discorsi che sono tollerati dalla *galanteria*, le licenze che sono autorizzate dalla moda e non confonderle con l'espressioni oscene, gli atteggiamenti impudichi, la pomba della corruzione, l'indecenza del vestire, l'oblio dei principj e dello scopo della natura e tutti gli oltraggi al pudore e alla pubblica onestà. »

Queste parole, indicando alcuni dei fatti che costituiscono il reato di oltraggio al pudore hanno dato campo ad una notevole inesattezza; le *espressioni* oscene non possono in verun caso costituire tale reato; l'oltraggio per parole costituisce un delitto di altro genere, che va punito come l'ingiuria coi

(a) L'articolo 345 ll. p. è così concepito e ogni altro atto turpe o sregolamento d'incontinenza che offenda il pubblico costume, egualmente che ogni oltraggio al pudore pubblico . . . Le prime espressioni di questo articolo, indicano con molta evidenza che per aversi questo reato non bastano semplici parole ma ci vogliono, come dicono i nostri autori, atti materiali. (*Edit. Nap.*)

principi di altra legislazione; questo delitto è preveduto dall'articolo 8 della legge dei 17 maggio 1819 onde va punito con una prigionia di un mese ad un anno, e con un'amenda da 16 a 500 fran. ogni oltraggio ai buoni costumi commesso per uno dei mezzi enunciati nell'articolo 1° di detta legge, cioè, con discorsi o scritti. Sicchè l'oltraggio preveduto dall'articolo 330 (345) è un oltraggio recato per mezzo di opere, per mezzo di un fatto materiale (1).

La Corte di Cassazione avea già così giudicato sotto l'impero dell'articolo 8 del titolo 2 della legge dei 19—22 luglio 1791, riprodotto dall'articolo 330; essa avea dichiarato: « che questo articolo non può applicarsi a semplici ingiurie, comunque sieno oltraggianti ed indecenti, ma solamente alle parole ed ai gesti che attentano al pudore delle donne (2) ». Questa norma è applicabile anche all'articolo vigente.

Nondimanco, le ultime espressioni di questa Decisione ci menano ad osservare che la legge dei 19 — 22 luglio non puniva che l'oltraggio recato al pudore delle donne. L'articolo 330 (345) ha sopresse queste ultime parole e in conseguente ha tolta la limitazione onde quella era circoscritta; ora non è più necessario che l'oltraggio abbia per scopo o per effetto di offendere il pudore delle donne in particolare; è sufficiente che sia tale da offendere il pudore in generale.

Il carattere distintivo di questo oltraggio è di cagionare uno scandalo, adontare il pudore, farsi giuoco dell'onestà di coloro che vi sono presenti. Esso nulla ha di simile con l'attentato commesso con violenza, dappoi- ché offende il pudore pubblico ma non tocca nissuno in particolare (3). Questa è un'azione sfrontata, un atto impudico, ma non già un attentato contro la persona. Montesquieu ha assai nettamente indicata la natura di quest'azione: *essa ha per causa meno la malvagità che la dimenticanza ed il dispreggio di se stesso* (4). Non è dunque necessario che con questo atto siesi offeso il pudore o l'onè-

stà di una persona qualunque; è sufficiente che l'atto sia tale da muovere, pel suo *cinismo*, l'indignazione di coloro che anche per caso l'abbiano avvertito.

Questo carattere speciale del delitto è stato con molta chiarezza delineato dalla Corte di Cassazione. Un uomo ed una donna eran stati sorpresi in mezzo la strada, da una pattuglia di notte, in *rebus veneris*. Tradotti innanzi il Trib. correzionale come imputati di oltraggio pubblico al pudore, furono assolti pel motivo che il fatto non costituiva reato. La Corte di Cassazione ha annullata la sentenza dichiarando « che gli oltraggi al pudore, preveduti e puniti dall'articolo 330 (345) sono quelli che non essendo accompagnati da violenza, non han potuto offendere il pudore della persona su cui avessero potuto commettersi degli atti inonesti, ma che per la loro sfrontatezza e pubblicità han dovuto dare occasione a pubblico scandalo e ad offesa della onestà e pudicizia di coloro che avessero potuto esserne testimoni, ancorchè per caso (5) ».

L'altro requisito del delitto si è che sia stato commesso *publicamente*; questa pubblicità è la sua base essenziale; lo stesso atto, commesso fuori gli sguardi del pubblico, è innocente agli occhi della legge e può esserlo anche agli occhi della coscienza; la pubblicità è quella che lo rende criminoso, dappoi- ché solo per essa si offendono la decenza ed il decoro pubblico. È dunque necessario che questa circostanza sia espressamente dichiarata dalla Decisione, la pena non sarebbe legalmente applicata se il Tribunale o il Giuri non avessero proclamato nel fattò questo requisito (6).

Ma quale è il carattere di questa pubblicità? È forse necessario che l'oltraggio sia commesso in luogo pubblico? È forse almeno necessario che sia commesso alla vista di una o più persone?

Uopo è primamente stabilire per regola generale che la legge, non facendo alcuna distinzione tra i diversi modi di pubblicità, li ammette tutti egualmente. Tale è anche l'avviso della Corte di Cassazione la quale ha dichiarato « che la disposizione dell'artico-

(1) Ved. in questo senso Carnot, Com. su questo articolo.

(2) Decis. cass. 30 nov. anno 11. Sirey, 3, 2, 403.

(3) Decis. Cass. 5 luglio 1838. Giorn. del diritto Crim. 1838. p. 382.

(4) Spirito delle leggi.

(5) Cass. 26 marzo 1813. Dalloz, 3, 93; Sirey, 13, 236.

(6) Cass. 18 florile anno IX. Dalloz, 3, 92; 9 nov. 1820 (Bull. N. 142).

lo 330 (345) è generale ed assoluta; che però si rapporta a tutte le specie di pubblicità di cui può esser capace l'oltraggio al pudore sia pel luogo ove è commesso, sia per le altre circostanze onde va accompagnato (1). Ma questa regola abbisogna di qualche sviluppo.

È da prima non debbesi confondere in modo assoluto la pubblicità richiesta dall'articolo 1° della legge del 17 maggio 1819 per le provocazioni verbali, con la pubblicità necessaria per elevare a delitto l'oltraggio al pudore. L'articolo 1° della legge del 17 maggio 1819 ha circoscritti i caratteri della pubblicità da essa richiesti nella definizione data: *è necessario che i discorsi o i gridi sieno stati profferiti in riunioni pubbliche*. L'articolo 330 (345) si limita a dire che l'oltraggio debb'esser pubblico. Nel primo caso la provocazione suppone necessariamente uno o più individui cui sia diretta *quod non in caetu nec vociferatione dicitur, convicium non proprie dicitur* (2). Il delitto nasce appunto dagli effetti che probabilmente le parole possono produrre su gli uditori. Per contrario, nel secondo caso il delitto sta tutto nell'esser pubblicamente commesso un atto contrario ai buoni costumi; la presenza di testimoni aggrava il delitto ma non è essenziale alla sua esistenza. I requisiti della pubblicità sono dunque più rigorosi nella prima che nella seconda ipotesi. Era necessario notare questa differenza fin ora inosservata, poichè troppo spesso s'invocano, intorno tale soggetto, decisioni relative alla pubblicità dei discorsi e delle parole, senza entrare nello spirito della legge che esse applicano (3).

L'oltraggio è pubblico sia quando si commette in luogo pubblico, sia quando, ancorchè non commesso in tali luoghi, ha potuto essere avvertito dal pubblico (4).

Dicesi pubblico un luogo quando vi ha adito un cittadino o una classe di cittadini sia

in modo assoluto e continuo, sia sotto certe condizioni e in tempi determinati.

Sono pubbliche in modo assoluto le strade e le piazze. Quando l'oltraggio è commesso in uno di questi luoghi la pubblicità risulta dalla natura del luogo. Epperò, a nulla rileva che l'oltraggio sia stato veduto da più persone o da una sola (5); che questo oltraggio sia commesso di giorno o di notte « poichè il transito e la frequenza per le strade può esser del pari e di giorno e di notte » (6). Il reato sta nel fatto di aver commesso un atto in un luogo ove poteva essere osservato, nella depravazione morale e nel disprezzo di se stesso che si appalesano da questo alto materiale.

I luoghi che non sono pubblici, se non sotto certe condizioni e ad intervalli, sono quelli che diventano pubblici quando sono addetti ad uso pubblico; essi acquistano e conservano questo carattere per tutto il tempo in cui vi si ha adito. Tali sono le bettole, le locande per tempo in cui restano aperte (7); le sale di spettacoli e i luoghi, ove si ha accesso mercè un prezzo, durante lo spettacolo e l'intrattenimento (8); le chiese quando sono aperte a tutti i fedeli, le scuole e i tribunali durante le lezioni e l'udienze (9) le cancellerie per quanto stanno aperte al pubblico (10), le pubbliche amministrazioni nelle ore in cui stanno aperte le officine (11).

Possono a tal proposito elevarsi alcune difficoltà sul carattere di certi luoghi. La Corte di Cassazione ha deciso rispetto i presbiteri :

(5) Cass. 2 Luglio 1812 (Bull. N. 160).

(6) Cass. 26 marzo 1813 (Bull. N. 58).

(7) Cass. 19 feb. 1835 (Bull. N. 30) 17 Giugno 1831 (Bull. N. 131) (Debbesi forse fare distinzione tra le bettole che sono aperte soltanto di giorno e le locande ove si è ammesso a dormire le notte? Noi teniamo per la negativa. Ogni stanza da letto di una locanda, data che s'iesi in fitto, cessa d'esser luogo pubblico; cessa d'essere aperta a tutti, di far parte della locanda. Nelle locande e nelle bettole, propriamente parlando, pubblica può dirsi soltanto la sala di compagnia; solamente una finzione contraria ai fatti può far riputare pubbliche le stanze da letto pel motivo che sono dipendenze della locanda che è pubblica.

(8) Cass. 3 luglio 1812, Dalloz, 22, 102.

(9) Cass. 9 dicembre 1832 (Bull. N. 440) ma non quando sieno in camera di consiglio; Cass. 15 Dicembre 1806; Dalloz, 22, 86.

(10) Cass. 22 agosto 1828, Sirey, 337.

(11) Cass. 4 agosto 1826, Sirey, 27, 123.

(1) Cass. 22 feb. 1828, Sirey, 28, 1, 315.

(2) L. 15, § 12, Dig. de injuriis et famosia libella.

(3) V. in questo senso il nostro tom. 1°.

(4) Perché sia applicato l'articolo 330 Cod. Pen. (345 ll. p.) non è necessario che l'oltraggio al pudore sia commesso in un luogo pubblico; basta che siasi praticato nell'atrio di una casa in modo tanto apparente che abbia potuto derivare uno scandalo pel pubblico. Bruxelles e Cass. 17 genn. 1839 (Bullettino, 1839, 219).

« che i luoghi pubblici sono solamente quelli destinati alla riunione del pubblico o all'uso di tutti i privati; che il presbitero o la casa, occupata dal Pievano o dal prete assistente alla Parrocchia, non è adetta che ad abitazione sua e sua famiglia e non già all'esercizio del suo ministero; che quest'abitazione è per l'assistente un luogo datogli per i suoi comodi personaii che egli può aprire e chiudere a suo talento, e che non ha sotto nessun rapporto il carattere di luogo pubblico (1). La stessa decisione è stata estesa alle botteghe dei mercanti (2), alla casa in cui il giudice di Pace tiene le sue udienze pel giorno e le ore in cui non vi è udienza (3) allo studio di un notaio, eccetto quando vi si faccia un'aggiudicazione (4); all'interno di una pubblica carrozza (5).

Nondimeno, quest'ultima Decisione ci pare che possa dar luogo a qualche osservazione. Trattavasi di discorsi diffamatori profferiti in una carrozza pubblica in presenza di tre viaggiatori. La Corte Reale avea opinato che questi discorsi non eran stati *profferiti* nel senso dell'articolo 1 della legge del 17 maggio 1819; la Corte di Cassazione dunque ha dovuto rigettare il ricorso del Ministero Pubblica, ed ha ancora potuto decidere in diritto che una carrozza pubblica non era mica un luogo pubblico secondo i termini e lo spirito della legge (6). A noi però sembra difficile cosa estendere questa Decisione anche agli oltraggi al pudore per quali la legge non ha indicato alcun modo speciale di pubblicità. Or, una carrozza pubblica è un luogo aperto a tutti mediante un certo nolo, quindi un luogo ove ha accesso il pubblico, come le sale degli spettacoli, i balli pubblici e le bettole. Per verità, il numero delle persone che vi possono capire è limitato di molto, e questa circostanza può influire nel definirsi i caratteri di pubblicità dei discorsi che ivi si tengono, ma è indifferente per la pubblicità degli atti immorali. Come ammettere che, in una carrozza pubblica, ove la riunione dei viaggiatori è forzosa, ove questa riunione non dipende da altro che dal paga-

mento del nolo prefisso, uno di essi possa impunemente commettere innanzi gli occhi degli altri un atto offensivo il pudore? È forse questo un atto della vita privata? vi è ivi forse l'egida del santuario del proprio domicilio? Non oltraggia egli forse, per quanto è in lui, gli sguardi e i sentimenti di onestà di coloro che l'accompagnano? La presenza di queste altre persone non attesta forse che il luogo ove trovansi è accessibile a tutti? Noi dunque non esitiamo ad opinare che l'interno di una carrozza pubblica, occupato da molti viaggiatori, è un luogo pubblico nel senso dell'articolo 330 (345).

In questa seconda classe di luoghi pubblici, come nella prima, basta che siesi commesso l'oltraggio per aversi il delitto; solo è necessario che il fatto sia avvenuto in tempo che stavan aperti ed erano accessibili a tutti; cioè nel mentre che avevano un carattere pubblico. Così, l'oltraggio commesso in una chiesa aperta, in una sala di spettacolo mentre che il pubblico si era riunito, in un caffè, costituisce il delitto quando anche non sia stato osservato che da poche persone o da una sola. La legge, come abbiain già osservato, non punisce soltanto lo scandalo ma ancora il fatto immorale per sè.

Abbiam detto che l'oltraggio era pubblico, non solamente quando fosse stato commesso in luoghi pubblici, ma ancora quando, commesso fuori i luoghi di questa fatta, avesse potuto ferire gli occhi del pubblico. Ed inverso, la legge ammette tutte le specie di pubblicità; or, una riunione pubblica può esser convocata in un luogo privato; d'altra banda, un fatto può esser commesso anche in un luogo privato, fuori la presenza di chiechessa, ma in modo da essere osservato dal pubblico; in entrambi i casi questo fatto, o che si commetta in una riunione pubblica, o che abbia luogo alla vista del pubblico non deve forse reputarsi pubblico? La pubblicità nasce da tutte le circostanze che possono far riguardare molte persone come parte di una riunione pubblica, o dal caso che rende le persone, girostanti per le vie pubbliche, testimoni di un fatto; che monta dunque che questo fatto sia stato commesso in un verone che guarda la strada pubblica o nella stessa strada? in una riunione pubblica, concorsa in una casa privata, o in questa stessa riunione riunita in una casa pubblica? In queste diverse ipotesi la pubblicità non è forse la stessa? L'ar-

(1) Cass. 2 agosto 1816. Dalloz, 22, 106.

(2) Cass. 15 Marzo 1832. Sirey, 669.

(3) Metz, 18 ottob. 1817. Dalloz, 22, 107; Srey, 18, 307; Riom, 24 Dicemb. 1829.

(4) Bourges, 22 Luglio 1836.

(5) Cass. 27 Agosto 1831. Sirey, 32, 114.

(6) I Sig. Chasson, t. 1. p. 49 e da Grattier, t. 1. p. 121 censurarono questa Decisione anche sotto questo punto di veduta.

to non è forse rivestito degli stessi caratteri?

La Corte di Cassazione non ha cessato di tener saldo questo principio sia in rispetto alle provocazioni verbali, sia in riguardo agli oltraggi al pudore. Essa, nella prima ipotesi ha giudicato: « che la pubblicità non risulta soltanto dall' esser un fatto commesso in luogo pubblico, ma che vi sia pubblicità quando anche il fatto sia avvenuto in una riunione comechè tenuta in luogo non pubblico; che in effetti una riunione può diventare pubblica sia pel concorso di gran numero di persone unite da interesse pubblico sia da curiosità o da un comune pericolo, sia dalla presenza delle autorità locali chiamate dalla voce pubblica o dai reclami privati, sia in fine da qualunque altro accidente che la legge non ha indicato e la cui valutazione fu abbandonata al criterio dei giudici (1) ». Con altra Decisione, applicando lo stesso principio, la stessa Corte ha giudicato che la esposizione di un segnale di sedizione, fatta in una casa abitata, ma in luogo apparente ed esposto agli occhi del pubblico doveva riguardarsi come pubblico (2).

Gli elementi del delitto si riassumono dunque nei seguenti: è mestieri che sia stato commesso un oltraggio al pudore, e quest'oltraggio non può risultare che da un fatto materiale; è mestieri, secondamente che quest'oltraggio sia stato pubblico, e questa pubblicità nasce sia dalla natura pubblica del luogo in cui fu commesso, sia dalle circostanze onde fu accompagnato. La sentenza dunque debbe, sotto pena di nullità, fermare questi due caratteri essenziali del reato. Del rimanente, la legge non fa alcuna distinzione nè del sesso nè della professione degli imputati. Noi non potremmo dunque dividere del tutto l'opinione manifestata da un magistrato: che l'articolo 330 (345) sia applicabile alle donne pubbliche le quali si *appressano* ad un uomo e lo *sollecitano* in una pubblica strada; però, penseremmo diversamente se quelle avessero nella pubblica strada commesso un atto materiale, come ad esempio, se la donna pubblica, non limitandosi a parole indecenti, avesse tentato di tirar seco l'individuo (3). Questo

atto avrebbe tutti i caratteri di un oltraggio al pudore nel senso della legge; se non vi fossero che delle parole provocatrici, allora sarebbe il caso di applicar la legge del 17 maggio 1819.

§. II.

Dell' eccitamento alla dissolutezza

Tra le imputazioni della legge Penale vi sono poche i cui caratteri sieno più vagamente adombrati, i cui elementi abbian potuto andar più agevolmente soggetti alle oscillazioni della giurisprudenza, come quella dell' eccitamento alla dissolutezza. Impertanto, in una materia in cui il legislatore, tra tante azioni immorali ha dovuto scegliere le più pericolose e gravi per assoggettarle a pena, era un dovere più sacro definirle con maggiore nettezza e precisione; dappoichè, agevolmente può avvenire che i giudici acciecati dalla giusta indignazione, mossa nei loro animi dai fatti di corrompimento che si presentano alla loro disamina, sieno indotti ad inviluppare nei termini della legge degli atti che, comunque inonesti, non possono aver altro giudice che la coscienza. Tale è lo sviamento onde è mestieri sapersi guardare. Al moralista ed al legislatore spetta esaminare se la sfera di queste tali imputazioni sia o pur no troppo ristretta, se sia convenevole cosa slargare in questo soggetto i limiti della legge: ma il Giureconsulto che ha innanzi gli occhi una disposizione scritta non può che indagare il suo significato, addentrarsi nel suo spirito; a lui non lice, sotto il pretesto di un bisogno sociale o della immoralità di un atto, creare nuovi delitti estendendo i termini della legge.

L'articolo 334 (332 e 344) è così concepito: « Chiunque avrà commesso attentato contro i costumi eccitando, favorendo o facilitando abitualmente il libertinaggio e la corruzione dei giovani dell' uno o l'altro sesso che sien minori di ventun' anno sarà punito con una prigionia di sei mesi a due anni e con un'ammenda di 50 a 500 franchi (*relegazione*, per le leg. delle Due Sicilie). Se la prostituzione o la corruzione sia stata eccitata, favorita o facilitata dai loro padri, madri, tutori o altre persone che hanno il dovere di sorvegliarli, la pena sarà di due a cinque anni di prigionia e di 200 a 300 franchi di ammenda » (*reclusione*, per le leg. delle Due Sicilie).

(1) Cass. 26 gen. 1826 (Bull. n. 10).

(2) Cass. 20 Sett. 1832.

(3) Enciclopedia di diritto V. *Attenati ai costumi* pel Sig. di Lapalme.

Le espressioni di questo articolo non definiscono con chiarezza il fatto che esso vuol punire: è però mestieri sviluppare il suo significato ed indagare gli elementi del delitto. Queste indagini richieggono qualche sviluppo, ma che ci studieremo di abbreviare per quanto meglio si può.

Questo articolo indica, sebbene in termini alquanto vaghi, due circostanze principali del delitto: esso richiede che vi sia eccitamento della gioventù al libertinaggio e che questo eccitamento sia stato abituale. Ma quale è il valore di questi due fatti elementari? L'eccitamento al libertinaggio è forse eccitamento del delitto delle persone che fanno il mestiere di questo infame traffico, dei ruffiani che in alimentare le passioni altrui non mirano che al lucro di cui sperano far tesoro? Comprende forse questa disposizione anche coloro che eccitano alla corruzione non per mestiere a a prò degli altri, ma per loro stessi e per soddisfare le proprie libidini? Inoltre, questo eccitamento al libertinaggio può forse dirsi abituale sol perchè manifestasi per atti reiterati sulla stessa persona? Perchè ci sia abitudine ci vuol forse necessariamente che sien molte le persone verso le quali si tengano queste infami pratiche? Queste sono le due gravi e controverse quistioni che nascono dal testo dell' articolo; la loro soluzione debbesi trovare nella legislazione che ha preceduto l'articolo 434 (344), nello scopo che si ha proposto il legislatore in sanzionare nella legge questo articolo, da ultimo nelle stesse sue espressioni.

La legge Romana dichiarava infami coloro che facevano professione di libertinaggio: *Infamia notatur qui lenocinium fecerit* (1). Ma questa disposizione colpiva soltanto gl'individui che facevano un traffico di questo libertinaggio. *Lenocinium facit qui quaestuarium mancipia habuerit; sed et qui in liberis hunc quaestum exercet in eadem causa est* (2). Il prezzo ricevuto era quello che costituiva il delitto e da questo prezzo nasceva l'infamia: *Plebitur et qui praetium pro comperito stupro acceperit; nec interest utrum maritus sit qui acceperit an alius quilibet. Quicumque e-*

nim ob conscientiam stupri acceperit aliquid paena erit plectendus; caeterum si gratis quis remisit, ad legem non pertinet (3). La pena di questo infame traffico fu dapprima arbitraria: gl'Imperatori Teodosio e Valentiniano pronunziavano la confiscazione dei beni, l'esilio o i lavori alle miniere contro i padri e i padroni che prostituivano le loro figlie o schiave: *Lenones patres et dominos qui suis filiabus vel ancillis peccandi necessitatem imponunt, nec jure frui domini . . . nec tanti criminis patimur libertate gaudere . . . ita ut amittant non solum eam quam habuerint potestatem, sed proscripti paena mancipentur exilii metallis addicendi publicis* (4). Ben presto però queste pene parvero insufficienti; la pena di morte fu pronunziata ogni qualvolta fosse provato che i ruffiani avessero ricevuto del danaro, che fossero soliti a ricevere mercede del loro vergognoso commercio, da ultimo, che avessero tesi dei trannelli alle donzelle per tirarle al libertinaggio. Ecco il testo della legge: *Ipsos lenones jubemus extra hanc fieri civitatem tamquam pestiferos et communis castitatis vasauctores factos, et liberas ancillasque requirentes et deducentes ad hujusmodi necessitatem et decipientes et habentes educatas ad universam confusionem. Praeconisamus itaque quia si quis de caetero praesumpserit invitam puellam assumere, et habere ad necessitatem puellam et fornicationis tibi deferentem quaestum, hunc necesse est omnia novissima sustinere supplicia* (5).

Ecco la vera definizione del delitto: È la corruzione degli schiavi e delle donne libere per metterle in braccio a un terzo mercè un premio. Tale è anche la definizione che ne dà Farinacio: *Leno dicitur is qui quaestuaris faeminas habet, in illisque quaestum exercet* (6).

Damuderio, cap. 81, p. 288, si esprime in termini troppo precisi, quindi ci è forza trascrivere le sue parole: *Generalius adulterii crimen est lenocinium, hoc est nefarium illud scelus, quo quis ex publicis scortationibus, ex adulteriis, ex deflorationibus, aut ex fornicationibus sibi quaestum facit: non quidem proprio corpore, sed virgines, mulieres, matrones, aliorum uxores aut meretrices, hujus*

(1) L. 1 Dig. de iis qui notantur infamia.

(2) L. 4, §. 2, Dig. eod. tit. La legge 43, §. 7, Dig. de ritu nupt. porta del pari: *Lenas eas dicimus quae mulieres quaestuaris prostituunt*.

(3) L. 29 §. 3, Dig. ad leg. Iul. de adulteriis.

(4) L. 6, C. de spectaculis et lenonibus.

(5) Nov. 14, de lenonibus.

(6) Quist. 144, N. 17.

quaestus gratia ad actum venereum aut publice, aut occulte pellicens, vel etiam ad hoc privatum domi habens, et ex eo meretricio meritorioque quaestu vivens.

La nostra antica legislazione aveva adottata questa imputazione senza modificarla. Essa col suo nuovo linguaggio le diede un nome che spiega il pensiero del legislatore, di cui gli autori si studiarono di definire il significato con molta chiarezza: « La ruffianeria (*maquerellage*) dice lousse, è il reato di coloro che favoriscono il libertinaggio dando copia di donne o giovanette prostitute sia per prezzo di oro sia per altro motivo, o che attirano i giovani nei luoghi di libertinaggio e di prostituzione a richiesta delle donne e giovanette che esercitano questo infame mestiere (1) ». Le pene inflitte a questo reato variavano secondo i costumi e la giurisprudenza: erano cioè, la frusta, la gogna, il marchio ed il bando. Il parlamento di Parigi condannava il colpevole a cavalcare un asino col viso volto verso la coda, con un cappello di paglia in testa ed un cartello indicante il delitto, e così passeggiava per tutti i crocicchi (*carrefours*) della città. Il parlamento di Tolosa lo condannava ad esser tuffato per tre reiterate volte nel fiume (2). Ma, come nel diritto Romano, queste pene non erano applicate che al traffico, al mestiere, alla professione di ruffiano; però lousse e Muyart de Vouglans notano come condizione del delitto che sia stato commesso per prezzo d'oro (3), e Farinacio dopo aver ricordata la stessa condizione: *causa quaestus et lucri habendi* (4) aggiunge che per potersi applicare la pena vi sien necessari molti atti di tale vergognoso mestiere: *Non dicitur leno, nec lenocinii paena punitur, qui semel tantum lenocinium fecit; requiritur enim consuetudo saltem per trinum actum* (5).

Non dimanco, la legge Romana e la nostra antica legislazione di conserva a questedisposizioni pronunciavano delle pene contro coloro che, in certi casi, avessero commessi atti di corruzione non per lusinga di lucro, ma per loro stessi e per soddisfare le loro passioni. Così il corrompere una vergine minore di 10 anni andava soggetto alla pena dello miniere

e dell'esilio: *Qui nondum viripotentes virgines corrumpunt humiliores in metallum damnantur; honestiores in insulam relegantur ad in exilium mittuntur* (6). Chi eccitava al libertinaggio un fanciullo, dopo aver adoperato mezzi fraudolenti e criminosi per sviarlo, era punito con la deportazione in un'isola ed anche con la pena capitale: *Qui puerum stuprum, abducto ob eo vel corrupto comite persuaserit . . . — perfecto flagitio punitur capite: imperfecto in insulam deportatur* (7). Da ultimo, la seduzione di una vergine o donna onesta era punita con la confiscazione della metà dei beni e in alcuni casi colla relegazione allorchè questa seduzione fosse accompagnata da frode: *eadem lege Julia flagitium punitur cum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit* (8). È mestieri però osservare che nei due primi casi, la corruzione era imputata sol perchè cadeva in persona di fanciulli impuberi; il delitto svaniva quando la giovane sedotta avesse varcata la pubertà; nel terzo caso la legge puniva piuttosto i trannelli e le fallaci promesse che la seduzione per se stessa. Epperò, la legge elevava a reato alcune circostanze concomitanti la corruzione commessa per satollare la propria passione: quando fosse scompagnata da queste circostanze non andava soggetta a pena (9).

Era altrimenti nel nostro antico diritto; lo stupro ed il ratto per seduzione erano nel vero dei delitti; ma per stupro, come dice Muyart de Vouglans, intendevasi il fatto di abusare di una giovane onesta colla speranza di matrimonio (10); il ratto per seduzione, giusta lo stesso autore, si aveva quando si seduceva una giovanetta di età minore, con mezzi illeciti ed artifizj, per giungere ad un

(6) L. 38, §. 3, Dig. de poenis. Damuderie; cap. 94, N. 7.

(7) L. 1, §. 2, Dig. de extraord. crimin.

(8) Inst. lib. 4, tit. 18, de pub. iudiciis.

(9) La gravità della pena derivava non dall'atto di corruzione ma dalle circostanze estrinseche all'atto. Così il tutore che aveva abusato della sua pupilla era punito con la deportazione; l. unic. Cod. *Si quis eam cuius tutor fuit corr.*; aggravavasi la pena quando lo schiavo avesse sedotta la sua padrona; l. unic. cod. de mulierib. quae serro prop. se iunxerunt; quando fosse un Giudeo che avesse sedotto una cristiana t. 6, Cod. de Iudeis.

(10) L. crim. p. 211.

(1) Tratt. della giustiz. crim. t. 1, p. 810.

(2) lousse, ibid; Muyart de Vouglans, p. 216.

(3) lousse e Muyart de Vouglans, luogo citato.

(4) Quist. 144, N. 17.

(5) Quist. 144, N. 35.

matrimonio clandestino contro la volontà della famiglia *rapta in parentes* (1).

Il legislatore dunque avea voluto punire non l'atto di corruzione commessa per saziare le proprie libidini, per interesse personale, ma bensì due fatti particolari totalmente distinti dalla corruzione stessa: nel primo caso si voleva punire la falsa promessa di matrimonio adoperata come mezzo di seduzione; nel secondo, i matrimoni che per la disparità dei natali facevano onta alle famiglie; gl'inganni praticati per sedurre, gli sturbamenti cagionati nelle famiglie da matrimoni di tal fatta erano appunto l'oggetto delle due imputazioni; ma l'atto di corruzione scompagnato da questi inganni, da tale scopo, non era soggetto a quelle penali prescrizioni.

Così, tanto per diritto Romano, quanto per l'antico diritto Francese il mestiere di ruffiano non era in nulla pareggiato alla seduzione per interesse proprio; così, la seduzione non era punita per se stessa ma soltanto per le circostanze che l'accompagnavano e che costituivano esse stesse un delitto; così questi delitti eran distinti dal ruffianismo, puniti con diverse pene, classati in separate imputazioni. Veniamo ora alla legislazione novella.

L'Assemblea Costituente tenne le parti dei costumi del secolo, e proscribbe le disposizioni della legge antica contro lo stupro e il ratto per seduzione; tra gli svariati modi di commettere una seduzione e che prima davan luogo ad azion penale essa non continuò a parlare che del solo delitto di ruffianismo. L'articolo 8 del titolo 2 della legge dei 19-22 luglio porta: *coloro che saranno imputati di aver favorito il libertinaggio o corrotti giovani dell'uno e l'altro sesso*, potranno essere arrestati immediatamente; l'articolo 9 nella sua seconda disposizione soggiunge: *coloro che avranno favorito il libertinaggio o corrotti giovani dell'uno o l'altro sesso*, saranno condannati oltre all'ammenda ad un anno di prigionia. Nella mente del legislatore queste disposizioni si applicavano al solo ruffiano e non già al seduttore: se ne ha la prova in un messaggio spedito, li 7 nevoso anno IV, dal direttorio esecutivo al consiglio dei cinquecento, rispetto le donne pubbliche e nel quale si dice: la legge dei 19 luglio 1791 ha noverati tra i delitti soggetti alla polizia correzionale *la corruzione della gioventù dell'uno e*

dell'altro sesso e non ha determinata la pena; ma queste disposizioni si applicano propriamente al *mestiere infame* di quegli esseri sfrontati che corrompono e prostituiscono la gioventù (2).

Queste disposizioni non furono tocche fino alla promulgazione del Codice Penale ove vennero fuse; leggesi nella esposizione dei motivi. « Il Codice pronuncia delle pene di polizia correzionale contro la persona convinta di aver spinto al libertinaggio o corrotto la gioventù: esso è in ciò uniforme all'antica legge ». Ma il signor di Monseignat, nel suo rapporto al corpo legislativo, rivela lo spirito del Codice con queste parole: occupandoci degli attentati commessi contro i costumi, come non fare special menzione di quegli esseri che non vivono se non pel libertinaggio e col libertinaggio, di quegli esseri che essendo il rifiuto dei due sessi si costituiscono uno stato nel loro mercenario ruffianismo, e vanno speculando sull'età, la inespertezza e la miseria per spandere il vizio ed alimentare la corruzione? Alcuni legislatori non han creduto punirli che col pubblico disprezzo; ma che può lo sprezzo in animi così inviliti? Si può mai punire con l'infamia chi ha l'infamia per primo elemento di sua vita? Soltanto con delle pene, con la prigionia e con l'ammenda si è creduto dal progetto della legge potersi punire questi abituali favoreggiatori della prostituzione ».

Non si poteva con maggiore chiarezza indicare lo scopo del legislatore e il senso della legge: il legislatore ha voluto colpire quegli esseri che vivono del libertinaggio, quei mercenari che mettono in circolazione il vizio; esso non parla che di loro. Debbesi inoltre notare che questo senso, spiegato con tanta chiarezza, è precisamente quello dell'antica legislazione, quello della legge Romana; epperò, una lunga e non interrotta filiazione unisce l'articolo 334 (344) alle legislazioni che l'hanno preceduto, di tal che il solo silenzio, serbato dall'articolo intorno le disposizioni dell'antica legge su tal soggetto, mostra che non si volle da quelle scostare.

Facciamoci ora all'analisi di questo articolo. Giusta le sue espressioni, l'attentato contro i costumi si commette *con eccitare, favo-*

(1) Leg. crim. p. 233; lousse t. 3, p. 727.

(2) V. Rep. *Bordel*. Merlin, riportando questo messaggio aggiunge in una nota: È lo stesso dell'articolo 334 Cod. Pen. del 1810. (art. 344 ll. p.)

rire o facilitare abitualmente il libertinaggio o la corruzione della gioventù. Or, nel linguaggio ordinario può mai dirsi che sia un favorito il libertinaggio il sedurre una donna per sfogare la propria passione? No, questo importa commettere un atto di libertinaggio ma non già eccitarlo e favorirlo, colui che lo eccita, che lo favorisce è quello che dà copia al ravvicinamento delle due persone, quello che si costituisce agente della corruzione; è l'istrumento col quale si compie la prostituzione. Ecco il senso naturale delle espressioni della legge, senso confermato da ciascuna delle sue parole. Come spiegare altrimenti la parola *abitualmente* inserita in questo articolo. Non basta che l'imputato abbia facilitato un atto di prostituzione ma è mestieri che si sia *abitualmente* abbandonato a questo commercio; la legge vuole che si ben ritemata la prova di questa infame professione; è la pratica abituale di corruzione quella che costituisce tal reato. La Commissione del corpo legislativo avea voluto punire questi mercenari senza richiedere che si provasse esser tale mercimonio per loro un mestiere; essa avea proposta la soppressione della parola *abitualmente*: « Questa parola, dicea la Commissione, darebbe ad intendere che se i colpevoli corrompitori della gioventù non si abbandonano troppo frequentemente a questo vile mercimonio non possono esser puniti; il loro fare è tanto pericoloso che la pena debbe colpirla ogni qualvolta non riesca loro di schivare la pubblica vigilanza ». Soggiungeva inoltre la Commissione, « che lasciando nella legge la parola *maggiori di anni ventuno* ne derivava che il *ruffianismo* non andrebbe soggetto a pena ove si praticasse con persone maggiori di quest'età » essa perciò proponevasi di graduar la pena in proporzione dell'età dei giovani sedotti. Il Consiglio di Stato rigettò questi due emendamenti. Ogni parola di queste osservazioni concorre a rifermare il vero significato della legge.

Se poi si ravvicinano fra loro i due paragrafi dell'articolo 334 (344 e 332) vieppiù si rimane convinto che questa è la vera interpretazione di questo articolo. Di fatti, l'ultimo paragrafo (art. 332) « aggravava la pena se coloro che hanno eccitata, favorita o facilitata la corruzione sieno il padre, la madre, i tutori o altre persone a cui è commessa la cura della loro educazione. Or, certamente nello spirito del legislatore, qui non trattasi di per-

sone che commettono esse stesse degli atti di libertinaggio, ma di terze persone che facilitano e favoriscono questi tali atti: se i padri e le madri sono più colpevoli, senza dubbio ciò non nasce dal perchè essi abbian meditato un incesto, ma dal perchè essi sconsigliano uno dei loro più sacri doveri rendendosi infami agenti di vile mercimonio. « Se si potessero, diceva il signor Monseignat nel suo rapporto, fissare dei gradi di villia in un sì vile mestiere, senza dubbio i più dispreggevoli sarebbero quelli che agevolassero o eccitassero la corruzione delle persone confidate alla loro sorveglianza o tutela, e massime quei padri e quelle madri che, abusando del prezioso deposito loro confidato della natura, facessero mercato di quella innocenza che sono nel debito di proteggere e difendere, mettessero a prezzo la virtù dei loro figli, si rendessero colpevoli d'un infanticidio morale. In tal caso, gli autori del Codice cominano una pena più grave che, giova augurarlo, non avrà mai applicazione ». Così nella seconda parte dell'articolo 334 (332) la pena è aggravata per la sola qualità dei colpevoli; del rimanente, l'oggetto dell'imputazione è la stessa, le stesse le parole con che va formulata; la seconda parte dell'articolo (332) non mira che ad indicare una circostanza aggravante.

D'altra banda, come ammettere che la legge abbia potuto confondere nella stessa disposizione, nella stessa penalità, due fatti così distinti? Il fatto di colui che, trascinato dalla passione, seduce e corrompe una giovanetta è forse pari al fatto del mercenario che si offre a mezzano della corruzione, che si apre una via d'industria da prezzolato messaggero di vergognose proposte, e getta le sue prede nel terro della prostituzione? Il primo è un uomo immorale, il secondo un uomo infame, se il primo tenta le vie della seduzione lo fa per sé, trascinato dalle proprie passioni; il secondo non ha passioni, egli opera per venalità, è questa la sua industria, la sua professione; il primo è un libertino per accidente, il secondo fa professione di sedurre le giovanette e venderle al libertinaggio; egli fa di più, eccita le voglie del corruttore, le lusinga, alimenta le vergognose passioni onde trae profitto. Si è detto che il danno sociale era lo stesso in entrambi i casi: quando ciò fosse vero quale ne sarebbe la conseguenza? Forse il danno è solo elemento della reità delle azioni? forse questa reità non si attinge soprattutto dalla

ma in tale materia che l'articolo 334 (344) non si applica che ai ruffiani e alle persone cui è commessa la cura di vegliare alla educazione dei minori, i quali favoriscono il libertinaggio di questi minori, non per uso proprio ma per satollare le altrui libidini. In questa massima si riassumono le osservazioni precedenti.

Altra difficoltà non men grave si è suscitata intorno la disposizione dell'articolo onde si vuole che l'imputato abbia *favorito abitualmente il libertinaggio della gioventù*. Quali sono gli elementi che costituiscono questo requisito del delitto? Può forse l'abitudine risultare dagli stessi atti reiterati sulla stessa persona? E' forse necessario che per aversi l'abitudine sien molte le vittime della corruzione? La Giurisprudenza della Corte di Cassazione è varia intorno a ciò. Essa con molte Decisioni avea giudicato « che i fatti il cui insieme costituisce l'abitudine debbon esser considerati in rapporto a colui che si è l'autore e non già in rapporto a colui che si è l'oggetto; seguitar da ciò che i fatti di corruzione, reiterati in diverse volte verso la stessa persona, possono qualificare l'eccitamento abituale al libertinaggio (1) ». Ma una recente Decisione, renduta a camere riunite dichiara: « l'attentato contro i costumi componenti di due elementi, cioè: 1. Della reiterazione degli atti coi quali si eccita, si favorisce, si agevola il libertinaggio e la corruzione, nel che sta l'abitudine; 2. Della pluralità delle vittime gettate nel lezzo della prostituzione o del libertinaggio, il che vien chiaramente indicato dalla complessiva espressione adoperata dal legislatore: *la gioventù dell'uno o dell'altro sesso*. Seguita da ciò non potersi applicare la disposizione dell'articolo 334 (344) quando non concorrono nel fatto simultaneamente queste due condizioni, cioè, l'abitudine o la ripetizione degli atti coi quali si eccita, si favorisce o si facilita il libertinaggio, e la pluralità delle persone corrotte o prostitute. Così con quest'ultimo arresto la Corte di Cassazione, appartandosi dalla sua antica giurisprudenza, richiede non solamente che gli atti di corruzione sieno reiterati, ma che questa reiterazione abbia luogo su di varie persone.

Questa nuova giurisprudenza è forse da un lato più cauta della legge. La Corte di Cassazione, è vero, persistendo a confondere nei termini dell'articolo coloro che eccitano al libertinaggio per saziare le proprie passioni con quelli che ciò fanno per soddisfare alle passioni altrui, questa dottrina esercitò certamente qualche influenza su la sua novella Decisione; dappoiché, togliendo al reato i suoi veri caratteri, era mestieri vestirlo di certi requisiti che fossero di freno ad avventate processure: secondo tal sistema, il seduttore non sarebbe soggetto all'applicazione della legge che dopo di aver operate molte seduzioni; ma ove si ammetta che l'art. 334 (344) non può applicarsi che agl'individui i quali esercitano il mestiere di prostitute, questo requisito che richiede un certo numero nelle persone sedotte rimane senza importanza. Di fatti, questo esercizio di mestiere si ha quando il colpevole abbia per più volte tratto profitto da un atto della stessa specie, quando abbia colla stessa persona fatto il mestiere di ruffiano, quando sien provati a suo carico molti atti di eccitamento al libertinaggio. Allora poco monta che questi atti non abbian avuto luogo verso le stesse persone; dappoiché dovrebbero decidere che, colui il quale abbia per più anni fatto questo infame traffico con una stessa persona, non sarebbe colpevole di abituale eccitamento al libertinaggio; ma a noi pare non potersi ciò ammettere. Gli antichi autori richiedevano del pari l'abitudine come un elemento del reato, ma essi desumevano quest'abitudine dal numero degli atti e non già dalle persone: *Non dicitur leno, nec lenocinium poena puniuntur qui semel tantum lenocinium fecit: requiritur enim consuetudo saltem per trimen actum* (2). Si crede trovarsi il requisito: *della pluralità delle persone sedotte* nella parola *gioventù* adoperata dalla legge, ma il motivo per cui si adoperava questa parola fu la mira di comprendervi i due sessi; d'altra banda questa parola esprime età e non collezione d'individui. Nella discussione del Codice vedesi che la Commissione del corpo legislativo ed il Consiglio di Stato stettero in forse se doveano adoperare la parola *gioventù* o l'altra *indivisi minor di 20 anni*, nè vi è argomento onde possa desumersi che quella

(1) Decis. Cass. 17 gen. Sirey, 30, 109; 17 settem. 1849 e 29 gen. 1850. Sirey, 30, 243; 4 gen. 1858. Sirey, 38, 1234.

(2) Farinacio. quist. 144. n. 35; Menochio, de arbit. quest. cap. 534.

parola sia stata adoperata per costituire un requisito del reato nella pluralità delle persone sedotte; la legge ha punito la corruzione del cuore della gioventù come gli antichi punivano l'oltraggio alla canizie dei vecchi; essa non ha voluto proteggere che l'età: *maxima debetur pueri reverentia*.

Questa quistione ha dato luogo ad un'altra che in certo modo è un suo corollario; trattasi di sapere se il secondo comma dell'articolo 334 (art. 332) richiede, come l'altro, per elemento costitutivo del delitto il concorso dell'*abitudine*. La Corte di Cassazione si era dapprima pronunciata per l'affermativa con arresto del 11 Sett. 1829 (1), ma pare che da due arresti posteriori del 26 giugno e 26 ottob. 1838 risulti una opposta sentenza. Questi arresti però non sono motivati, ma può dirsi che la ragione stia nel non trovarsi alcuna necessaria connessione tra i termini del secondo paragrafo dell'articolo 334 (art. 332) e quelli del primo (art. 344); che indi ne conseguirebbe potersi in questo articolo supporre due reati, dei quali uno sarebbe costituito da una successione di fatti, l'altro da un solo di quei fatti stessi: or, in questo ultimo caso sarebbe giustificato il rigore della legge, dappoichè i genitori e i tutori sono più riprovevoli per un solo atto di questa natura commesso in persona dei loro figli o pupilli, di quel che lo sieno gli estranei per una sequela di simili atti. Tali sono certamente le ragioni che hanno piegato il Carnot a questo avviso: « È forse mestieri, dice questo criminalista, che nell'applicazione del 2. §. dell'articolo 334 (332) l'eccitamento al libertinaggio sia abituale come nel primo art. (344). Il legislatore, in questo secondo §. (art. 332) ha parlato della corruzione e della prostituzione senza esprimervi la circostanza dell'abitudine, di talchè, non richiedendo questo estremo non si violerebbero le sue disposizioni; sarebbe al contrario farne una giusta applicazione ai padri, alle madri e agli altri individui incaricati della educazione dei minori, quando anche non fosse provato che essi avessero favorito *abituamente* il loro libertinaggio.

Noi non possiamo seguitare questa dottrina; i due paragrafi dell'articolo 324 sono intimamente connessi fra loro; il secondo pa-

ragrafo non fa che aggravare la pena a causa della qualità dei colpevoli, e del dovere più sacro che essi violano in commettere il reato, ma gli elementi del delitto sono gli stessi. Di ciò è prova l'essersi questo secondo paragrafo limitato ad indicare le circostanze aggravanti e la pena senza far cenno alcuno dei requisiti del delitto, come ad esempio dell'età delle persone sedotte; sicchè per sapere che anche in questo paragrafo trattasi soltanto di corruzione esercitata su persone minori di 21 anni è mestieri consultare il paragrafo primo; ciò che è dell'età è altresì dell'abitudine. Un'altra pruova sta nell'articolo che siegue immediatamente e che comincia così: i colpevoli del *delitto mentovato nel precedente articolo*; secondo il sistema da noi combattuto dovrebbero leggere: *dei delitti*. Debbesi però notare esser bastevole che il padre o il tutore abbandoni alla prostituzione, o ecciti al libertinaggio un solo de' suoi figli o pupilli per andar soggetto alla pena comminata dalle leggi, purchè questi atti sieno reiterati. Anche in questo, come nel primo paragrafo, l'abitudine, il mercimonio fu quello che la legge volle punire, e questa abitudine vi concorre tosto che il colpevole abbia successivamente favorito più atti di corruzione su lo stesso individuo.

Tali sono i caratteri che costituiscono il delitto di attentato contro i costumi. Questi caratteri si riassumono in due regole: cioè, che la legge non abbia voluto punire se non le persone che si framettono per favorire il libertinaggio dei minori, siano essi estranei, sieno incaricati della loro sorveglianza; che non abbia inteso comminar pene se non pel caso che si rendessero abitualmente colpevoli di questo infame mercimonio. Così, acciò abbia vita questo reato ci vuole il concorso simultaneo di queste due circostanze: 1° È mestieri che il libertinaggio o la corruzione non si promuovano nello scopo di soddisfare le proprie passioni. 2° che vi sia abitudine negli atti di sì vile ministero, cioè reiterazione di simili atti, nulla rilevando che questa reiterazione abbia avuto luogo su gli stessi individui o su persone diverse.

Facciamoci ora ad applicar queste regole a degli esempi che presentano qualche difficoltà.

In primo luogo, perchè vi sia il reato è forse necessario che la corruzione sia consumata, che il minore sia stato avviziato dal

(1) Gior. del diritto crim. 1829, p. 326.

libertinaggio? Tale quistione era molto controversa presso gli antichi giureconsulti. Entrambe le opposte opinioni si appoggiavano del pari sul testo della leg. 1. §. 2° del digesto *de extraordinariis criminibus* variamente interpretato: *perfecto flagitio punitur capite: imperfecto in insula deportatur*. Farinacio cita i sostenitori di ambedue le sentenze, ed abbraccia quella che decideva non esservi delitto quando il tentativo di corruzione non avesse avuto risultamenti: *Ut lenocinij poena non habeat locum, effectum non sequitur, ut puta quia mulier a lena sollicitata noluerit consentire* (1). A noi pare che il testo dell'articolo 334 (344) abbia messo fine alla quistione; di fatti, secondo questo articolo, perchè si abbia reato da parte del ruffiano altro non si richiede se non che egli siasi sforzato a corrompere e prostituire, le conseguenze non sono mica guardate. Così, ai termini di questo articolo, l'attentato contro i costumi consiste nel fatto di *facilitare ed eccitare* il libertinaggio, e non già nel atto stesso di questo libertinaggio; basta che il ruffiano abbia prestata la sua mediazione per giungere a questo risultato, che questo sia stato lo scopo delle sue operazioni; avendo egli commessi questi atti di eccitamento trovasi aver da sua parte consumato il reato. Questa dottrina è confermata da un arresto della Corte di Cassazione così concepito: Sul mezzo, con che si dice malamente applicato l'articolo 334 (344) sol perchè sia rimasta pura ed incorrotta la giovanetta tentata dalle infami pratiche dell'imputato, la Corte osserva che il citato articolo non punisce solamente la prostituzione e la corruzione della gioventù, ma tende ancora a reprimere l'eccitamento alla corruzione e al libertinaggio, quando questo risulti da reiterati fatti che costituiscono l'abitudine, perciò rigetta (2).

Un'altra quistione stà in vedere: se l'articolo 334 (344) si applichi a coloro che gettano nella prostituzione giovanette di minore età le quali eransi già prostitute. La Corte di Rennes ha decisa la quistione per l'affermativa (3) e noi dividiamo pienamente que-

sta opinione. In vero, la legge non fa alcuna distinzione, essa punisce tutti coloro che fanno il mestiere di eccitare al libertinaggio giovani minori di 21 anni, che importa che questi giovani sieno di già rotti al vizio? La morale ammette forse alcuna differenza tra colui che ispira i primi sentimenti di corruzione e colui che in seguito gli alimenta? Talvolta questo ultimo è forse più colpevole; entrambi debbono andar soggetti alla stessa pena.

Può anche farsi quistione: se i ruffiani possono meritars scusa quando le giovanette, che essi guidano alla prostituzione, sieno state iscritte nei registri della polizia, di talchè abbiano con ciò avuta una tacita autorizzazione (4). La risposta debb'esser negativa.

La iscrizione delle donne pubbliche su i registri della polizia e le patenti che ricevono non le facultano ad abbandonarsi alla prostituzione; questo provvedimento preso per un interesse pubblico non ha altro scopo che di sottometerle alla sorveglianza della polizia ed alle visite sanitarie per essa prescritte. La Polizia deve necessariamente assoggettare le giovanette minori alle precauzioni di sorveglianza comuni a tutte le donne pubbliche; non si può dunque vedere in questo provvedimento un'autorizzazione che possa diventare una scusa del reato. Tale fu anche la sentenza della Corte di Cassazione la quale ha dichiarato: « che l'articolo 334 (344) punisce egualmente coloro che commettono attentati contro i costumi con eccitare, favorire o facilitare abitualmente, sia il libertinaggio, sia la corruzione dei giovani dell'uno e l'altro sesso minori di 21 anno; che siccome tra le molte donne pubbliche, di cui l'accusato era imputato di facilitare il libertinaggio, vi era una minore di 21 anni il tribunale ha deciso in diritto che, essendo questa giovanetta iscritta presso la polizia nella lista delle donne pubbliche, l'imputato avea ragionevolmente creduto per questa circostanza che tale giovanetta fosse maggiore di anni 21 e per ciò non gli era applicabile la pena comminata dall'articolo 334 (344);

(1) Quist. 144, N. 33.

(2) Decis. Cass. 5 luglio 1834. Sirey, 34, 844. La protezione della legge si estende anche ai minori che si fossero già abbandonati alla prostituzione. Brus. 27 dicembre 1837.

(3) Decis. Renn. 16 maggio 1835.

CHAUVEAU — TOMO III

(4) La circostanza che la giovanetta minore sia iscritta su i registri della polizia, ed abbia ricevute fedi di sanità da uno de' chirurghi di quest'amministrazione non può sottrarre all'applicazione dell'articolo 334 (344) colui che siasi reso colpevole del delitto preveduto da questo articolo.

che così giudicando il tribunale ha creata una eccezione che non è nella legge, e in conseguenza ha violato la disposizione dell'articolo 334 (344), il quale punisce tutti coloro che commettono attentati contro i costumi con eccitare, favorire o facilitare abitualmente il libertinaggio della gioventù minore di 21 anni (1).

Da ultimo, giova notare le differenze caratteristiche che separano l'attentato contro i costumi sia dall'oltraggio pubblico, sia dall'attentato al pudore. L'oltraggio pubblico e l'attentato al pudore si manifestano direttamente per atti licenziosi, sia in pubblico, sia in persona di altri e che feriscono sia il decoro pubblico sia il pudore di chi li ha sofferti. Per contrario, l'attentato contro i costumi è una corruzione praticata in segreto e a provveduto fine; gli atti che lo costituiscono, avvolti in denso velo, consistono in parole provocatrici, in proposizioni oscene, in dar mano alla prostituzione, essi non si appalesano che nei loro effetti. Epperò, questi reati non solo sono fra loro distinti ma derivano da diversi fatti; i primi han per causa una sfrenatezza di sensi; l'altro ha vita da una degradante corruzione che si presta a cooperarsi per le altrui libidini ad oggetto di trarne lucro. Da questa distinzione discendono due conseguenze.

La prima si è che il delitto di attentato contro i costumi non potrebbe essere inserito in un atto di accusa di attentato al pudore, come modificazione del fatto principale e come questione risultante dal dibattimento. Questa sarebbe una imputazione nuova, poggiata sopra una diversa valutazione degli stessi fatti e non già una modificazione della prima accusa. Pare che la Corte di Cassazione abbia adottato tale avviso dichiarando: « Che il delitto di attentato contro i costumi non può essere presentato in un atto di accusa come risultato degli stessi fatti dedotti per provocare l'applicazione degli articoli 331, 332 e 333 Codice Penale (330 a 343 ll. p.) »

La seconda conseguenza si è che l'assoluzione dall'accusa di attentato al pudore o di stupro non toglie che l'accusato possa esser tradotto di nuovo in giudizio per delitto di attentato contro i costumi, allorchè lo stesso fatto serve in tutto, o in parte di base al nuovo procedimento. In questo senso si è pronun-

ziata la Corte di Cassazione sotto l'impero di una giurisprudenza che tiene per attentato contro i costumi le seduzioni praticate a proprio prò, per cui stabilisce degli intimi rapporti tra questi delitti e l'attentato al pudore. L'arresto che consacra questa massima, dopo aver stabilito per principio che l'assoluzione dell'accusato, secondo il sistema del Codice d'Istruzione criminale, non riflette che i capi di accusa su i quali ha pronunziato il Giuri e non gli altri risultanti dallo stesso fatto e sui quali non vi fu pronunziata, aggiunge: « Che l'attentato contro i costumi, oggetto dell'articolo 334 (344) che prevede soltanto un delitto è essenzialmente diverso dallo stupro; che l'imputato tradotto in giudizio e giudicato per delitto di attentato contro i costumi, dopo esser stato assoluto da una imputazione di stupro, non può dirsi messo sotto accusa per lo stesso fatto; che perciò essendo stata la condanna pronunziata per questo delitto non vi sia stata violazione dell'articolo 360 del Codice d'Istruzione criminale (2). A ragion più forte debbesi andare in questa sentenza ove il delitto di attentato contro i costumi si riduce ai suoi veri elementi; dappoichè siccome allora verrebbe ad esser distinto dai misfatti contro il pudore da una più notevole differenza, ed avrebbe un carattere proprio più spiccato, così non si potrebbe riguardar compreso in un'accusa che riflette l'altro delitto.

Ma se siasi una volta tradotto in giudizio il delitto di abituale eccitamento al libertinaggio, e vi sia stata sentenza di assoluzione poggiata sulle mancanza di prove dei fatti costitutivi dell'abitudine, non si potrebbe rinnovar questa accusa sul motivo che altri fatti scoperti posteriormente, congiunti ai primi, possono costituir l'*abitudine* che è l'elemento del delitto. I primi fatti furono compresi nella prima accusa, furono dunque coperti dal giudicato di assoluzione; essi non possono valer di elemento a nuova procedura senza violare la massima: *non bis in idem*. I fatti posteriori possono dar luogo a nuove accuse ma non possono dar novella vita ai fatti distrutti dalla prima sentenza (3).

(2) Cass. 22 nov. 1816. Dalloz, v. 595 e 5 luglio 1834 (Gior. del diritto crimin. 1834, p. 233).

(3) Vedi però una decisione in senso opposto, in materia d'ingiurie, Cass. 5 agosto 1896 (Bull. p. 431) questa Decis. è stata censurata dal Mangini Tratt. dell'azione pubblica. N. 405.

(1) Decis. Cass. 17 nov. 1826 (Bull. N. 230).

Le pene del delitto di attentato contro i costumi sono, ai termini dell'art. 334 (344 e 332) una prigionia di sei mesi a due anni ed un'amenda da 50 a 500 *franchi* pei semplici ruffiani; queste pene si elevano ad una prigionia di due a cinque anni e ad un'amenda da 300 a 1000 *franchi* per le persone incaricate della sorveglianza dei minori (relegazione nel primo caso, e reclusione nel secondo, per le leg. pen. delle due Sicilie). L'articolo 335 ha annesse a queste pene principali molte pene accessorie, questo articolo è così concepito: « al colpevole del delitto menzionato nell'articolo precedente sarà interdetta la carica di tutore e curatore, come altresì il diritto di formar parte di un consiglio di famiglia, cioè, quanto agl'individui menzionati col primo paragrafo di questi articoli per due anni al meno e cinque anni al più, rispetto poi alle persone indicate nel secondo paragrafo, per dieci anni al meno e 20 anni al più. Se il reato sia stato commesso dal padre o dalla madre, il colpevole sarà inoltre privato dei dritti e dei lucri che il Codice civile gli accorda su i beni e sulla persona del figlio. In tutti i casi, i colpevoli potranno essere, colla sentenza di condanna, messi sotto la sorveglianza dell'alta polizia, osservando in questa le norme della durata prescritta circa la interdizione comminata da questo stesso articolo » (a).

Nella disamina di questo articolo ci limitiamo a notare: 1° che l'interdizione dalle funzioni di tutore e di membro di consiglio di famiglia è necessaria e non facoltativa, soltanto la durata di questa interdizione è lasciata all'arbitrio dei tribunali; 2° che i padri e le madri, dichiarati colpevoli di tal reato, non perdono i loro dritti e lucri che rispetto il fanciullo del quale abbian favorito il libertinaggio; essi conservano i dritti della patria potestà sulle persone e sui beni degli altri figli; in fatti, l'articolo 335 parla restrittivamente del figlio, epperò la pena non può

esser estesa al di là de' suoi termini. 3° che la sorveglianza è puramente facoltativa; stà nell'arbitrio del giudice applicarla secondo le circostanze nei limiti di due a cinque anni nel primo caso, e di dieci a 20 nel secondo.

§. III.

Dell' attentato al pudore senza violenza

Il Codice Penale del 1810 non puniva l'attentato al pudore che allora quando fosse accompagnato da violenza o pubblicità. Epperò, allorchè un fanciullo non avesse opposto alcuna resistenza alle segrete pratiche fatte per sedurlo, oppure allorchè abusando della di lui ignoranza lo si fosse tratto ad esser consenziente, il reato non andava soggetto a pena (1).

Fuvvi è vero qualche Corte di Assisa che indignata della impunità di un'azione sì criminosa erasi studiata a comprenderla nei termini della legge sotto pretesto che contro il fanciullo erasi commesso *violenza morale*. Ma questa interpretazione trovava uno scoglio nel testo del Codice, nè era agevole cosa farla adottare dal Giuri: d'altra banda la Corte di Cassazione avea deciso che l'articolo 331 (333, 334 e 335) si applicava soltanto alla violenza fisica e non già alla violenza morale (1).

La legge penale presentava dunque una lacuna intorno a tal soggetto. Ed in vero, è certo che la più parte degli attentati commessi in persona di fanciulli non sono mica accompagnati da violenza fisica; sono perciò più odiosi, poichè per raggiunger lo scopo corrompono prima la loro volontà. Ma questa corruzione che cagiona, è vero, una specie di violenza morale su i loro spiriti, su i loro casti pensieri, sulla purezza della loro infanzia, è essenzialmente diversa dalla violenza materiale; è un'azione distinta, un'altra reità.

Nell'antica legislazione trovansi tracce di questa speciale imputazione. La legge Romana era molto esplicita: *Qui nondum viripotentes virgines corruptum, humiliores in metallum damnantur, honestiores in insula rele-*

(a) Le pene accessorie comminate in questi casi dalle leggi penali delle Due Sicilie sono le seguenti: oltre a questa pena, i genitori saranno privati di ogni diritto che in forza della patria potestà lor concede la legge sulle persone e su' beni de' figli; i tutori saranno interdetti dalla tutela, e gli altri incaricati della vigilanza ed istruzione dei giovani soffriranno l'interdizione a tempo dalla carica, dalla professione, o dall'ufficio di cui abbiano abusato (art. 33a comm. a. ll. p.).

(1) Cass. 9 Nov. 1840 (Bull. N. 14a); 28 Gen 1830 (Bull. N. 85); 28 ottob. 1830 (Giorn. del diritto crim. 1830, p. 353).

(1) Cass. 23 ottob. 1830 (Giorn. del diritto crim. 1830, p. 355).

gantur, aut in exilium mittuntur (1). Se le fanciulle fossero nubili, *viripotentes*, la pena era la confiscazione della metà dei beni o la relegazione con una pena corporale, secondo la condizione del colpevole. *Eadem lege Julia stupri flagitium puniuntur cum quis sine vi virginem stupraverit* (2).

I Giureconsulti, secondi in far distinzioni, avean fissati molti gradi nella età del fanciullo: fino a sette anni, *quando puella non est doli capax*, l'attentato ripulavasi commesso con violenza, per *vim*; dopo sette anni fino a dodici la presunzione di violenza poteva esser distrutta da prove contrario, *stuprum praesumitur commissum per vim nisi clare probatur contrarium* (3). Vi eran però molti dispareri intorno le pene da applicarsi; alcuni voleano che si applicasse la pena di morte ogni qualvolta le violenze fossero presunte (4); altri togliendo a guida i citati testi del Digesto contrastavano l'applicazione di questa pena (5); altri finalmente, abbandonavano all'arbitrio del giudice la scelta della pena (6). Menochio, per sostenere quest'ultimo avviso osserva che l'attentato commesso in persona di un fanciullo non ha così tristi effetti come quello commesso in persona di una donzella nubile, che nè anco le conseguenze fisiche sono pari, e meno indelebile è la ferita morale che lascia sulla vittima del delitto.

Impertanto, Muyart de Vouglans riporta l'autica giurisprudenza in questi termini: « Rispetto gli stupri delle donzelle non nubili la pena ordinaria, secondo la nostra giurisprudenza, è la morte, siesi o nè consumato il delitto; e quando la ragazza sia di età troppo tenera, come se non abbia ancor tocca l'età di sei a sette anni, l'uso è di commutare questa pena in quella della ruota (7). Jousse però opina che la pena poteva esser modificata secondo le circostanze e le qualità del fatto (8).

Alcune moderne legislazioni aveano già adottata questa dottrina. L'articolo 1054 del

Codice Prussiano è così concepito: « lo stupro di qualunque persona impubere si reputa commesso con violenza, e debb'esser punito con tre a cinque anni di detenzione, quando non si provi che si sieno effettivamente adoperate violenze. L'articolo 112 del Codice Austriaco prescrive: ogni tentativo di stupro commesso in persona di un individuo che abbia meno di quattordici anni si considera come stupro. Da ultimo, l'artic. 339 delle leggi Penali di Napoli pubblicate nel 1819 prescrive del pari: « Lo stupro ed ogni altro attentato al pudore si presumeranno sempre commessi con violenza quando sieno eseguiti in persona che non abbia ancor compiuti gli anni dodici ».

Vi era dunque una lacuna nel Codice Penale; è vero che esso statuiva un'aggravazione di pena contro lo stupro e l'attentato al pudore commessi in persona di fanciullo minore di 13 anni, ma supponeva sempre la violenza come elemento necessario del misfatto. La legge francese del 28 aprile 1832 ha sopperito a questa omissione; essa ha fissata un'età al disotto della quale la violenza è sempre presunta in persona dei fanciulli, questa età è quella di nove anni compiuti.

L'Articolo 331 (333 e 339 N. 1.) è così concepito: « Ogni attentato al pudore consumato o tentato senza violenza in persona d'individuo dell'uno o l'altro sesso, minore di undici anni, sarà punito con la reclusione ».

Allorchè fu discusso questo articolo un deputato propose di elevare questo limite di età a quindici anni: « Il nostro Codice Penale », egli diceva, non punisce lo stupro o l'attentato al pudore che quando sieno eseguiti con violenza. L'articolo presentato alla vostra disamina ha per oggetto di punire questi misfatti ancorchè commessi senza violenza, quando sieno eseguiti in persona che la loro giovinezza rende più facile preda della seduzione; esso però non si applica che alle persone aventi meno di dodici anni, io propongo di estenderlo a tutti quelli che non sono ancora di 15 anni. Si è voluto punire l'effetto della seduzione assai agevole in individui che non sono nello stato di comprendere tutta la immoralità dell'azione a cui si vuole tirarli? E bene, questa seduzione non debbesi forse temere egualmente nell'individuo minore di quindici anni come in quello minore di undici? D'altra banda, l'ammendamento che io vi propongo metterà l'articolo in parola in migliore accor-

(1) L. 38, §. 3, Dig. de poenis; l. 1, §. 2, de extraordin. crimin.

(2) Inst. l. 4, tit. 18, de pub. iud. §. 4.

(3) Farinacio, quist. 147, N. 43.

(4) Bossius, trac. caus. crim. de coitu damnato N. 67.

(5) Giulio Claro, Prat. crim. §. stuprum.

(6) Menochio, de arbit. jud. casu 294. N. 3.

(7) Leg. crim. p. 248.

(8) Tratt. della giust. crim. tom. 3, p. 737.

do con l'articolo 322 del Codice Penale, che punisce l'attentato contro il pudore commesso con violenza in persona di un fanciullo minore di quindici anni. « Questa proposta fu rigettata; e per fermo, non potevasi estendere la presunzione della violenza ad un'età più avanzata nella quale il fanciullo comprende l'azione che commette e può guardarsene. Un altro deputato avea proposto di aggiungere *compiuti* dopo la parola *undici*; si è risposto che ciò sarebbe un pleonasmo, dappoiché non può dirsi che abbia undici anni chi non li abbia compiuti.

I fatti elementari del delitto sono 1° l'attentato al pudore, 2° l'età della vittima.

Pare a prima vista che le parole *attentato al pudore* non rivelino nitidamente il pensiero della legge; poichè l'attentato in generale suppone l'uso della forza e l'articolo in questo atto non vi suppone violenza alcuna. Ma questa espressione indica che non *ogni atto contrario al pudore*, eseguito in persona di un fanciullo, entra in questa imputazione; è necessario che questo atto tocchi il pudore del fanciullo, cioè a dire, abbia per effetto e per scopo di corromperlo e di demoralizzarlo. D'altra banda poco monta che questi atti sieno eseguiti nella persona stessa del fanciullo, o che questi serva d'istrumento a degli atti osceni, l'azione non è perciò meno immorale, i suoi effetti non sono meno pericolosi (1).

Forse l'art. 331 (333, 334, 335 e 339) avrebbe dovuto fare qualche distinzione tra i semplici atti impudichi ed osceni e la deflorazione del fanciullo. L'articolo 331 ha confuso nella stessa pena il caso in cui l'attentato al pudore sia semplicemente tentato e quello in cui sia consumato: (a) quando anche vi fosse deflorazione del fanciullo, il reato non cangerebbe di natura, dappoiché per potersi dire stupro vi bisognerebbe, come diremo in processo, il mezzo della violenza; la deflorazione di un fanciullo minore di undici anni, commessa senza violenza, non è che semplice attentato al pudore.

Ma se si provasse che il fanciullo si fosse mo-

strato renitente, e che non si fosse potuto vincere la sua riluttanza che colla forza, l'attentato al pudore cangerebbe di carattere, e non più andrebbe compreso nei termini dell'art. 331 (339) che punisce gli attentati commessi senza violenza, ma cadrebbe sotto l'applicazione dell'art. 332 (341) relativo allo stupro e all'attentato al pudore commesso con violenza in persona di un minore di quindici anni. Ed in vero, l'articolo 331 non è una eccezione dell'articolo 332; esso non fa che prevedere un caso non preveduto da quest'ultimo, il quale vige in tutto il suo impero quando sia provato il concorso delle circostanze elementari del misfatto che esso punisce.

Il secondo elemento del reato è l'età della vittima. Abbiamo veduto che varcata l'età di undici anni cessa la presunzione di violenza, cessa l'impero della eccezione; l'attentato commesso senza violenza in persona di chi ha varcata quest'età, per quanto possa essere immorale, non va soggetto a pena (2). La circostanza dell'età minore di anni undici (*dodici* per le leg. pen.) è dunque di elemento essenziale per costituire il reato.

Da là ne conseguiva che al solo Giurì spetta dichiarare questa età. Epperò, essendo stato in una causa il Giurì interrogato soltanto intorno l'attentato al pudore ed avendo risposto affermativamente, la Corte di Assisa ha creduto che sulla fede dell'atto di nascita avesse potuto applicare la pena. Ma la sua decisione fu messa nel nulla sul motivo: « che l'età della persona, vittima dell'attentato, è uno degli elementi costitutivi del misfatto preveduto dall'art. 331 (339), che in conseguenza, per poter questa circostanza valer di base ad una condanna debbe esser dichiarata dal Giurì, che non essendosi proposta al Giurì la quistione: se la vittima dell'attentato avesse meno di undici anni, la Corte di Assisa non poteva supplire a questa mancanza e fondarsi, come ha fatto, in un atto di nascita per dichiarare che questa persona aveva meno di undici anni, ed aggiungere in tal guisa una dichiarazione sua alla dichiarazione del Giurì, per applicare all'accusato l'articolo 331 Cod. Pen.; che comportandosi in quel modo la Corte di Assisa avea usurpate le attribuzioni del Giurì, cui solo compete il dritto di tener

(1) Ved. in questo senso Cass. a aprile 1835 (Buletino N. 120).

(2) Le leg. pen. delle Due Sicilie, con gli articoli 333, 334 e 335 han distinto lo stupro consumato dallo stupro mancato e dal tentato; hanno punito il primo con la reclusione, il secondo col terzo grado di prigionia ed il terzo col primo al secondo grado di prigionia.

(3) Cass. 23 Luglio 1836 (giorn. del diritto crim. 1837, p. 70) 28 sett. 1837; 28 sett. 1838 (giorn. del diritto crim. 1839, p. 96).

presente l'atto di nascita della fanciulla e tirare le conseguenze relative alla età di lei; che la Corte di Assisa non avea giurisdizione a decidere di questa età (1).

Questa separazione di poteri tra la Corte di Assisa ed il Giuri è poggiata sopra i primi principi elementari del diritto. Essendo l'età, o elemento del reato, o elemento di aggravazione o attenuazione della pena, non può esser sottratta alla valutazione del Giuri, dappoichè va tra le circostanze di fatto, e tanto il fatto quanto le circostanze che possono modificarlo appartengono esclusivamente al Giuri. Invano si allegerebbe l'autenticità degli atti per dire che non possano andar soggetti alla valutazione del Giuri i fatti in quelli contenuti. L'atto autentico non ammette discussione; non si tratta mica di discutere il suo contenuto, la sua veracità; ma questo atto il quale fa piena fede dei fatti che enuncia, perde in materia penale la sua forza probatoria; esso non ha più che una forza di presunzione contro cui non si opporre la prova testimoniale, che può esser distrutta dal Giuri. In una parola, non basta che il fatto risulti da un atto, non è anche che il Giuri riconosca e dichiari questo risultato (2).

La Corte di Cassazione non ha fatto che una rigorosa applicazione di questi principi quando ha deciso che non era delle sue attribuzioni esaminare se un atto di nascita, presentato innanzi ad essa la prima volta, riguardasse veramente la vittima del reato cui attribuiva meno di undici anni. Tale arresto, emesso per un ricorso avverso decisione di sottoposizione ad accusa, poggia sul motivo che la copia dell'atto di nascita della fanciulla Martin non era stata esibita dal querelante innanzi la camera di sottoposizione ad accusa; che perciò questa Corte non avea potuto valutare e giudicare se questo atto fosse applicabile a questa fanciulla o a tutt'altra; che essendosi questo atto presentato soltanto innanzi la Corte di Cassazione, questa Corte non poteva valutare un fatto di questo genere che debbe esser verificato per le vie legali d'istruzione sia nel processo scritto sia innanzi la Corte d'Assise (3).

(1) Cass. 1. ottob. 1834; Sirey, 34, 1. 767.

(2) Questo principio fu da noi applicato in proposito degli accusati minori di 16 anni, ved. tom. 1. p. 197 e seg.

(3) Cass. 1. Marzo 1838; Sirey, 38, 944; vedi anche sopra questa questione tom. 4 p. 137.

Perchè dunque abbia vita questo reato si richiede il concorso di queste due circostanze, cioè, attentato al pudore tentato o consumato senza violenza, età della vittima di questo attentato minore di undici anni. L'età è un semplice fatto materiale che debb'essere dichiarato dal Giuri, ma l'attentato è ad un tempo un fatto materiale e morale: materiale perchè non costituisce reato senza un atto esterno; morale perchè non ha reità se non è commesso con uno scopo osceno e con intenzione criminosa.

Ai termini dell'articolo 333 (340) l'attentato si aggrava e la pena della reclusione si eleva a quella dei lavori forzati a tempo se i colpevoli sieno gli ascendenti della persona su cui è stato commesso l'attentato, se sieno della classe di coloro che hanno autorità su di quella, se sono gl'istitutori o i servi salariati, o servi delle persone qui menzionate, se sono funzionari o ministri di un culto (a), o se il colpevole, qualunque siasi, sia stato agevolato al misfatto da una o più persone.

La disamina di queste circostanze aggravanti che sono comuni all'attentato al pudore ed allo stupro, sarà fatta nel paragrafo seguente.

§. IV.

Del violento attentato al pudore e dello stupro.

Il Codice Penale avea pareggiato, nella classificazione e nella pena, il violento attentato al pudore e lo stupro. Una delle modifiche operate dalla legge de' 28 aprile 1832 è stata quella di sceverare questi due reati ed assoggettarli a pene diverse. E per fermo, se essi hanno qualche carattere comune, hanno però delle differenze essenziali sia nella reità sia nei risultamenti.

Noi da prima ci faremo ad investigare i caratteri speciali del violento attentato al pudore e dello stupro; esamineremo di poi i caratteri che sono comuni ad entrambi.

Il primo di questi reati è preveduto dal 3° paragrafo dell'articolo 332 (333) così concepito: chiunque avrà commesso un attentato al pudore consumato o tentato con violenza, in persona d'individui dell'uno o l'altro sesso sarà punito colla reclusione.

(a) Parole sopresse nell'articolo 340 II. p.

Questo articolo non ha disposizione simile nella precedente legislazione. La legge Romana, l'antica giurisprudenza, ed anche il Codice del 1791 non punivano che lo stupro e gli attentati che vi servian di mezzo, come il ratto violento. Pare non si fosse previsto dal legislatore che l'attentato al pudore possa mirare a tutt'altro che a procurare all'agente un piacere carnale. Il Codice Penale è stato più preveggente: « La legge del 1791, porta la esposizione dei motivi, non ha parlato che dello stupro; essa ha serbato silenzio su altri misfatti che arrecano non minore offesa al pubblico costume, era dunque mestieri appianare questa lacuna. » Si è temuto che il colpevole potesse sfuggire il debito castigo, quando le circostanze dell'attentato non provassero in lui la intenzione di consumare lo stupro.

L'attentato al pudore suppone due condizioni essenziali, l'attentato e la violenza. Per attentato s'intende qualunque atto esterno commesso su di una persona con lo scopo di offendere il suo pudore, e tale da recare questa offesa. Perchè il reato abbia vita la legge non richiede che questo atto sia commesso nello scopo di soddisfare una passione sensuale; basta che per esso si miri ad oltraggiare il pudore. L'attentato diversa dunque dallo stupro in ciò che questo consiste in un atto unico e determinato, mentre che l'attentato può stare in una molteplicità di atti differenti che non sono animati dallo stesso scopo.

La Giurisprudenza offre molti esempi di questi caratteri. Una volta molte femine avevano commessi atti di violenza in persona di un'altra donna; il Ministero Pubblico denunziò questi atti alla giustizia qualificandoli come attentato al pudore con violenza; il Trib. correzionale, innanzi a cui si portò la conoscenza del fatto, decise che quei fatti non potevano costituire un attentato al pudore perchè non erano accompagnati da circostanze che rivelassero l'oscenità dell'impudicizia. La Corte di Cassazione però mise nel nulla questa Decisione dichiarando: « che il Codice penale fa distinzione tra lo stupro e l'attentato al pudore consumato o tentato con violenza; che questo ultimo attentato risulta dal fatto stesso, qualunque possa essere la intenzione di chi l'ha commesso (1).

In un altro caso, un operaio era stato obbietto di grossolane pettegolezze da parte dei

snoi compagni. Alcuni fra loro lo ghermirono ad un tratto, lo spogliarono e si fecero ad osservare le sue parti sessuali. Questi fatti furono denunziati alla giustizia, e la Camera di accusa della Corte Reale di Caen si avvisò che quegli atti non avessero mica i caratteri di attentato al pudore, perchè questo attentato, ai termini della Decisione, supponeva sempre nei suoi autori la intenzione di procurarsi dei piaceri sensuali. Rinviali però gli atti alla Polizia correzionale per procedere contro questo fatto come costitutivo di delitto di percosse o ferite, la Camera correzionale della stessa Corte, giudicando in grado di appello, decise che questi fatti costituiscono un vero attentato al pudore; « Attesochè il Codice Penale non fa distinzione alcuna tra gli attentati che hanno per causa motrice il desiderio di procurarsi dei piaceri sensuali e quelli che sono consigliati da tutt'altro motivo come dall'odio, dalla vendetta e dalla curiosità: » La Corte di Cassazione, pronunziando in via di regolamento di giudici si attenne a questa ultima opinione: « Attesochè la legge distingue lo stupro dall'attentato al pudore consumato o tentato con violenza; attesochè quest'ultimo attentato risulta dal fatto stesso, qualunque possa essere l'intenzione di chi l'ha commesso (2).

Il secondo elemento del reato sta nella violenza; questa violenza non è solamente una circostanza aggravante, essa è costitutiva del reato, tutto il reato sta quasi in essa sola. Ed in vero l'attentato al pudore, quando sia commesso senza violenza, non va soggetto ad alcuna pena, menochè non sia stato praticato pubblicamente o in persona di un fanciullo minore di undici anni; ma nel primo caso la legge punisce l'oltraggio pubblico, nel secondo suppone la violenza morale. L'attentato al pudore quando è consentito da colui in persona del quale si commette, è scevro di ogni reità legale. La violenza che si adopera è dunque quella che dà vita al reato, essa offende la persona violentando la sua libertà.

È dunque mestieri che il Giuri dichiari in termini espressi non solo che sia stato commesso un attentato al pudore, ma anche che questo attentato sia stato tentato o consumato adoperando la forza (3).

Qui si presenta una grave questione. La leg-

(1) Cass. 15 gen. 1806, Sirey, 26, 137.

(2) Cass. 6 feb. 1829; Sirey, 13, 198.

(3) Cass. 2 feb. 1813, 20 gen. 1820.

ma portante l'impronta di violenza e di oltraggio; a nulla monta che questo atto, secondo il disegno del colpevole, non sia stato che il cominciamento di esecuzione di un attentato più grave; la legge lo colpisce come atto costitutivo di un reato distinto e completo in se stesso, la natura delle cose fu quella che in questo incontro ha dettata una eccezione alla regola generale dell' articolo 2 del Codice.

Questa dottrina va bene applicata a tutti gli attentati al pudore, e in conseguente agli attentati commessi tra le persone dello stesso sesso, mentre la legge non ha fatta alcuna distinzione. Imperanto, non debbesi perder di vista, in questa specie di attentati, che essendo più agevoli i rapporti tra le persone dello stesso sesso, più usuali le familiarità, sia mestieri esaminare con più diligente studio il carattere dell'atto imputato. Non tutti gli atti, ancorchè impudichi, commessi da uomo a uomo, da donna a donna costituiscono sempre degli attentati; per imprimer loro questo carattere è necessario che chi li ha commessi abbia avuto la intenzione di toccare il pudore della persona su cui l'atto fu commesso, o di soddisfare una vergognosa passione. Qui dunque non è così agevole valutare il vero carattere dei fatti, dappoichè trattasi di distinguere ciò che sa di rilasciatezza di costumi da quel che disvela un disegno criminoso. Ma se lo studio di queste differenze richiede più attenzione nei giudici non altera mica il principio che riman lo stesso; anzi in questa materia riesce forse meno agevole cosa determinare i fatti caratteristici di un tentativo legale.

Qui viene a proposito la disamina d'una quistione agitata tra gli antichi scrittori e portata innanzi la Corte di Cassazione in una causa recente. La quistione è fissata assai nitidamente nella Decisione di questa Corte; trattavasi di querela avanzata da una donna contro suo marito, a cui s'imputavano degli attentati al pudore commessi con violenza sulla persona di lei. La Camera di Accusa avea rinvio il marito, in istato di accusa, avanti la Corte di Assise. Egli produsse ricorso in Cassazione, deducendo che non poteva darsi attentato al pudore tra marito e moglie; che il matrimonio era l'estremo limite del dritto di possesso; che i misteri del letto conjugale non potevano esser sottoposti all'esame della giustizia. La Corte di Cassazione rigettò il ricorso sulle considerazioni: « che la disposi-

zione dell' articolo 332, paragrafo 3, Codice Penale (345 ll. p.) è generale ed assoluta nè ammette eccezione alcuna; che se il matrimonio ha per scopo l'unione dell'uomo con la donna, e se i doveri che esso impone, come ad esempio la convivenza, la obbedienza della donna al marito, stabiliscono tra i coniugi delle relazioni intime e necessarie, non ne siegue però che la persona della donna cessi in questo stato d'esser protetta dalle leggi, nè che essa possa essere astretta a patire degli atti contrari allo scopo legittimo del matrimonio; che perciò, se il marito è ricorso alla violenza per commettere questi atti egli si è renduto colpevole del reato preveduto dal citato articolo del Codice Penale (1) ».

Uopo è qui primamente notare che trattavasi di un atto contrario allo scopo legittimo del matrimonio; dappoichè, come abbiamo precedentemente osservato, se l'atto fosse conforme al fine legittimo del matrimonio, ancorchè il marito avesse adoperata la violenza per consumarlo non potrebbe andar soggetto ad imputazione, purchè queste violenze non avessero cagionate delle ferite. Di fatti, in questo caso non vi potrebbe esser reato di attentato al pudore; dappoichè il matrimonio rompe le barriere di questo pudore, e mette la moglie sotto la libera potestà del marito.

La discorsa quistione può dunque muoversi sol quando la violenza sia stata adoperata per compiere un attentato contrario allo scopo del matrimonio; essa trovasi già risolta dalla giurisprudenza e dagli antichi scrittori.

La legge Romana si era limitata a comminare la pena di morte per tutti i reati contro natura in generale: *Qui masculum librum, dice Paolo, invitum stupraverit, capite puniatur* (2). Abbiamo già veduto che gl'Imperatori Costantino e Costanzo avevan proscritti questi reati molto energicamente (3).

Gomez, il primo, riporta un esempio dell'applicazione di questo principio ad un marito. *Qui propriam uxorem contra naturam carnaliter cognoverat* (4); esso fu condannato alla pena del fuoco, Giulio Claro, dopo aver citato Gomez, dà questa dottrina come conforme all'opinione comune (5). Menochio sie-

(1) Decis. Cass. 21 Nov. 1839; Sirey, 39, 817.

(2) Pauli sententiae, lib. 2, tit. 26, §. 12.

(3) Leg. 5. Cod. ad Leg. Jul. de adulteriis.

(4) In Comment. ad leg. 80, n. 83.

(5) §. Sodomia, n. 2. Prat. crim.

gue questo avviso, ed aggiunge: *recte quidem quia si grave est delictum sic constuprare mulierem, multo gravior est propriam uxorem* (1). Farinacio stabilisce la seguente massima: *Pœna mortis locum habet in eo qui præposterâ venere cognovit uxorem suam; nam gravior est delictum cum uxore quam cum alia femina* (2). Da ultimo, Jousse riporta la giurisprudenza in questi termini: « La pena del reato di sodomia ha luogo non solo contro quelli *qui rem habent cum masculo*, ma ancora contro coloro che *accedunt ad mulierem præposterâ venore*; questa pena ha luogo del pari contro quelli che usano in questo modo con le loro proprie mogli (3).

Queste autorità rifermano la interpretazione della Corte di Cassazione, poichè provano come l'antica giurisprudenza non dubitava ad ammettere il reato ancorchè il fatto fosse succeduto tra marito e moglie. E per fermo, la moglie è forse tanto abbandonata alla balia del marito che la legge non debba proteggerla dagli eccessi della di lui potestà? Perchè dunque dover rimanere impunita questa sola violenza che forse è la più odiosa? Certamente v'ha differenza tra il pudore di una donzelletta e quello di una maritata, ma forse non ha anche quest'ultima le sue riserve? Se essa ha conceduto al marito la libera facoltà del suo corpo, non è forse questo dritto limitato dallo scopo del matrimonio? Se il marito trascende i suoi poteri ed incontra perciò resistenza può forse invocare i suoi dritti? Egli allora abusa della sua potestà, si prevale della forza, commette un reato ed invano mendicherebbe una scusa che ne attenuasse la gravità.

Pure bisogna esser molto guardigno in muovere giudizi di tal fatta, e perchè possa in questi casi esser intentata di ufficio l'azione penale debbonvi concorrere le più gravi circostanze. I segreti del talamo nuziale meritano rispetto, nè debbon con avventatezza penetrare sotto le sue cortine le investigazioni della giustizia. È forse convenevole cosa che essa, con la lusinga di buon successo, dia esca a nuove querele, a nuovo scandalo?

Ora ci facciamo ad esaminare i caratteri speciali del reato di *stupro*:

Questo reato nella legge Romana era confuso col ratto: *qui vacantem mulierem rapuit vel nuptam, ultimo supplicio punitur* (4), ma il ratto supposeva e comprendeva in sé lo stupro *raptum a corrumpendo dictum*; d'onde la massima: *qui raptu potitur, stupro fruitur* (5). Lo stesso risulta dalla costituzione di Giustiniano di *raptu virginum*; ed invero, scorgesi chiaramente che il reato dei rapitori stà soprattutto nello stupro delle persone rapite, *maxime cum virginitas vel castitas corrupta restitui non possit* (6). Gli antichi scrittori perciò, appoggiandosi a questa legge definivano il ratto: il trafugamento di una donna, o di una donzella per goderla contro sua volontà. *Raptum mulieris esse violentiam sive abductionem mulieris honestae et invitae de loco ad locum animo eam carnaliter cognoscendi* (7). Tutte le leggi per noi qui citate comminano la pena di morte. Lo stupro commesso con violenza, *stuprum violentum*, ma non preceduto da ratto non era preveduto che in modo implicito (8); epperò era questione molto controversa: se questo delitto andasse, come il ratto, soggetto alla pena capitale. Farinacio la risolve per l'affermativa: *ita etiam mortis poena infligatur in stupro, alio modò absque raptu per vim commissio* (9).

Il nostro antico dritto avea ereditato dalla legge romana la imputazione del reato di *ratto con violenza*. Muryart de Vouglans lo definisce in questi termini: È il misfatto di coloro che

(4) L. 5, § 2, Dig. ad leg. Jul. de vi pub. — Gli istituti, lib. 4, tit. 18 da pub. jud. portano del pari: *Sin autem per vim raptus virginis, vel viduae, vel sanctimonialis, vel alterius, fuerit perpetratus, tunc et raptores et ii qui huic flagitio opem dederunt, capite puniuntur*.

(5) Farinacio, quest. 155, n. 2.

(6) *Raptores virginum honestarum, vel ingenuarum, sive jam desponsatae fuerint, sive non, vel quarumlibet viduarum feminarum, licet libertinae vel servae alienae sint, pessima criminum peccantiss, capitulis supplicia plectendos decernimus et maxime si Dei fuerint virginis vel viduae dedicatee, quod non solum ad injuriam hominum, sed ipsius omnipotentis Dei irreverentiam committitur, maxime cum virginitas vel castitas corrupta restitui non possit*. L. unic. cod. de raptu virginum.

(7) Decianus, lib. 8, cap. 7, n. 4. Giulio Claro § raptum. Farinacio, quest. 145, n. 3 e seg.

(8) Inst. lib. 4, da pub. jud. n. 8; L. 1 Dig. de extraord. crim.

(9) Quiet. 167, n. 26.

(1) Caso n. 33, 34 e 35.

(2) Quist. 148, n. 37.

(3) Inst. crim. tom. 4, p. 120.

trafugano, per forza, donzelle, donne, vedove, sien maggiori, sien minori nel fine di abusarne (1) ». Ma la Giurisprudenza, a fianco a questo reato, vi ha messo lo stupro: parola che ha derivata la sua origine dalla violenza che l'accompagna. Serpillon considera il ratto violento e lo stupro come due espressioni sinonime, come due reati identici (2). Imperantanto, come si è notato da Muyart de Vouglans, nella legge romana « lo stupro differisce dal ratto in ciò che per commetterlo non vi è uopo di trafugamento da un luogo ad un altro. E perciò, soggiunge questo autore, tale reato è dalla legge collocato nella categoria di quelli che appellansi di *violenza privata*, mentre il primo è della classe dei misfatti di *violenza pubblica* (3). Nissuna ordinanza speciale comminava pena contro il reato di stupro, eccetto l'articolo 33 dell'Ordinanza di Errico II. del 22 Marzo 1557, relativo alla disciplina militare, in cui si legge: colui che violenterà una donna o donzella sarà appiccato e strangolato ». L'articolo 3 della dichiarazione del 22 novembre 1730 pronunziava del pari l'ultimo supplizio contro coloro che fossero colpevoli di *commercio illecito* accompagnato da *circostanze atroci* tra le quali potevasi certamente noverare la violenza. Ma generalmente applicavansi allo stupro le ordinanze e le pene che sono statuite contro il ratto violento; queste pene eran la morte e la confiscazione de beni (4).

Il codice del 1791 avea seguiti i *traviamenti* di questa legislazione; esso comminava pena uguale e contro lo stupro e contro il ratto violento: lo stupro era punito con sei anni di ferri, e questa pena si raddoppiava quando la vittima avesse meno di 14 anni; il *ratto consisteva nel trafugare con violenza una donzella minore di 14 anni compiuti per abusarne o prostituirsi* (art. 29, 30 e 31, sez. 1, titolo 2.)

Il nostro codice ha circoscritti questi due reati nei loro veri caratteri: il ratto non è che

il trafugamento di un minore, indipendentemente da qualunque successiva violenza; se il ratto sia seguito da stupro questo stupro è un misfatto distinto che affatto non si confonde col primo. Epperò, lo stupro, sia o pur no preceduto da ratto, rimane sempre della stessa gravazza, coll'impronta di una reità che gli viene dall'atto stesso che lo costituisce, e non già dalle circostanze che lo precedono o lo seguono.

L'articolo 332 (333) statuisce la pena di questo reato senza definirlo: « chiunque avrà commesso il misfatto di stupro sarà punito coi lavori forzati a tempo (reclusione II. p.) ».

Ma la definizione di questi reati si trova nella stessa sua natura. Secondo Jousse, intendesi per stupro ogni congiungimento illecito commesso per forza e contro la volontà di una persona (5). I due elementi del reato sono dunque: il commercio illecito e la violenza.

Il coito è una circostanza essenziale del reato il quale non può esser consumato che con tale fatto. Se quello non è provato, l'azione penale non può spiegarsi che per tentativo di stupro, o di attentato al pudore allorché il fatto non presenta i caratteri legali del tentativo.

È mestieri che questo coito sia illecito; epperò, un marito che adoperasse la forza per usare con sua moglie non commetterebbe stupro, poichè, secondo la Glossa, in *eam habet manus injectionem* (6): lo stesso dovrebbe dirsi quando anche i coniugi fossero divisi di corpo, poichè la separazione personale allarga i nodi coniugali ma non li scioglie, essa faculta la moglie a non coabitare col marito ma non distrugge i doveri che nascono dal matrimonio (7). Però la questione non dovrebbe esser risolta in questo modo che ove il fatto avvenisse *post perfectum matrimonium*; in conseguenza il fidanzato che, nella stessa vigilia del matrimonio, adoperasse la violenza su la sua fidanzata, sarebbe senza dubbio soggetto ad azione penale (8).

Ma l'elemento caratteristico del reato è la violenza; questa non è solamente una circostanza aggravante ma la base essenziale del reato è costituita tutta la sua reità; non debbe dunque esser discussa in apposita quistio-

(1) Leg. crim. p. 228.

(2) Cod. crim. p. 110.

(3) Leg. crim. p. 145.

(4) Capitot, Childebert. anno 595. cap. 4. — *Si ipsa mulier postea raptoris consenserit, ambo pariter in exilium transmittantur, et si foras ecclesiam capti fuerint, ambo pariter occidantur, ut facultates eorum parentibus legitimis dentur, et quod fisco nostro debetur acquiratur.* — Cap. Car. Mag. lib. 6. cap. 95.

(5) Tomo 3. p. 743.

(6) Glossa in l. 53, *cod. de Episcopis et clericis*.

(7) Farinacio, quist. 145, n. 85.

(8) Farinac. quist. 145, n. 92; Giulio Claro.

ne: perchè supponesi di necessità compreso nella questione principale che riguarda lo stesso stupro.

Questa violenza debb'essere praticata sulla stessa persona: *oportet quod violentia sit facta personae quia crimen violentiae dicitur crimen personale* (1). Così, colui che per scalata o frattura accede nella stanza di una donna, la quale gli si getta in braccio volontariamente, non è colpevole della violenza costitutiva dello stupro: *Si quis frangeret hostium domus vel talami, et violenter ingrederetur et non violenter cognosceret, non diceretur commississe in coitu violentiam, sed violenter tantum ingressum fuisse* (2).

La difficoltà di provare la violenza, in un atto segreto in cui la resistenza ha i suoi gradi e la volontà i suoi capricci, avea indotti gli antichi giureconsulti a stabilire certe presunzioni dalle quali desumevano il concorso di questo carattere del reato. Epperò, perchè potesse esser accolta un'accusa di stupro era mestieri che la persona stuprata avesse opposta una resistenza costante e sempre uguale, essendo bastevole che la resistenza abbia ceduto un istante per dirsi la stuprata consensiente; 2.° che vi fosse un'evidente disuguaglianza tra le sue forze e quelle dell'assalitore; dappoichè non può supporre che ci sia stata violenza quando si avevano i mezzi di resistere e non si sono adoperati; 3.° che la rapita abbia conclamato e chiesto aiuto: *vim in raptum fieri intelligitur*, dice Damoderio, *quando mulier magno clamore imploravit alicujus opem et auxilium* (3). 4.° Da ultimo, che qualche segno rimasto sulla persona attestasse la forza brutale cui avea dovuto cedere (4).

La nostra nuova legislazione ha cessato di definire le prove, e rendere i giudici servi di presunzioni legali. Ma quelle sagge norme possono tuttora servir di guida ai magistrati nelle disquisizioni criminali; sono queste utili precauzioni raccolte dall'esperienza per giungere alla scoperta del vero.

È dunque mestieri che la violenza sia stata completa, che la vittima, sempre tenace al rifiuto, non abbia ceduto che alla forza. A questo proposito sorgono alcune quistioni. Vi

è mai violenza, costituisce essa reato se la persona, contro cui siesi ricorso alla forza, vi va abitualmente nel libertinaggio e nella prostituzione? Le leggi di Giustiniano sul ratto seguito da stupro non si applicavano che a coloro i quali rapissero delle donne oneste *raptores virginum honestarum* (5), e gli antichi giureconsulti presero per norma questo testo per decidere che la violenza adoperata su di una donna pubblica non costituisce nè il ratto violento nè lo stupro, ma con tal dottrina non si faceva che sottrarre i colpevoli alla pena capitale, assoggettandoli però ad una pena straordinaria (6).

Noi opiniamo che il più abituale libertinaggio non impedisce che il fatto costituisca reato; dappoichè la vita libertina di una donna non dà dritto a chiechezza di violentarla; essa non ha mica venduta la libertà della propria persona; la legge che punisce le violenze estende la sua protezione su di tutti. Non dimeno, il reato si attenua; i suoi risultamenti non sono gli stessi; la donna pubblica non riceve macchia alcuna dall'atto che adonta tutta la vita della donna onesta; d'altra banda il colpevole ha potuto credere che quella fosse una resistenza simulata. Uopo è dunque decidere coi dottori che il colpevole debba essere punito non colla pena del reato ma con altra; l'attentato vi è, ma va accompagnato da molte circostanze attenuanti; la pena debbe discendere di un grado (a).

Le stesse osservazioni vanno applicate, sebbene con qualche restrizione, all'accusato di stupro commesso in donna onesta trovata in luogo di prostituzione; poichè se da una banda egli è colpevole di essersi diretto a lei senza conoscerla, ha però la scusa di essersi potuto indurre in errore dalla natura del luogo. Ulpiano così decideva in una specie identica: *Si quis virginem appellasset* (attentasset) *si tamen ancillari veste vestitas, minus peccari videtur: multo minus si meretrice*

(5) L. 1, C. de raptu virginum.

(6) Farinacio, quaest. 145, n. 157. Boerio, decis. 317; Mornac nella leg. 41 D. de raptu nuptiarum; Menochio, cas. 291, n. 2; Giulio Claro §. Raptus, n. 5.

(a) Così è stato disposto dalle leggi del Regno delle Due Sicilie con l'articolo 543, così concepito: « I reati preveduti negli articoli 333 a 336 commessi in persona di una pubblica meretrice sono puniti con uno a due gradi meno.

(1) Bajardo, supp. a Giulio Claro §. stuprum. n. 37.

(2) *Ibid.* N. 37.

(3) Praxis rerum crimin. cap. 97, N. 9.

(4) Boerio, decis. 247.

veste faeminae, non matrum familiarum vestitae fuissent (1).

L'attenuamento della pena dovrebbe restringersi anche di più, se il colpevole deducesse per sua scusa di aver precedentemente avuto commercio con la donna che ha violentata; dappoiché, come riflettevano i giurconsulti che agitavano tale quistione: *non est rationabile quod quis possit impune mulierem quam prius cognoverat invidiam rapere, quando vellet de caetero honeste vivere* (2). Lo stesso dovrebbe dirsi quando l'accusato per giustificarsi deducesse che la vittima del suo attentato viveva in concubinato con altro uomo (3); in questo modo ha deciso la Corte di Cassazione in un' accusa di stupro, di cui il colpevole credeva giustificarsi dicendo che la donna da lui violentata aveva dei figli naturali; il suo ricorso fu rigettato pei seguenti motivi: « Attesochè chiunque giunge ad abusare di una donna qualunque per violenza, è colpevole di stupro tanto se questa donna abbia già dei figli quanto se non li abbia, e in conseguenza il ricorrente è stato giustamente dichiarato colpevole di stupro (4) ».

Non può dirsi esservi violenza sempre che non ci sia stato consentimento espresso, la violenza può ritenersi sol quando vi sieno segni di resistenza. Ma potrebbe dirsi lo stesso quando questa violenza fosse stata procurata da qualche caldità o criminosa machinazione? Non dovrebbe forse esser riguardata come violenza questa stessa caldità o machinazione? Una Decisione pel seguente fatto ha tenuto per la negativa. Un individuo erasi intrinso nella stanza e nel letto di una donna addormentata, il cui marito era allora uscito di casa; egli trasse profitto di questa sorpresa per consumare il suo attentato, ma querelato di stupro, la Camera di accusa della Corte Reale di Besançon mise nel nulla tutto il procedimento: « Attesochè lo stupro debbe esser di sua natura sempre e necessariamente accompagnato da violenza praticata sulla persona stessa; che la forza, cioè la violenza, è quella che costituisce lo stupro; che la violenza non

è solamente circostanza aggravante del fatto ma sibbene elemento costitutivo della reità; che supponendo veridica la dichiarazione della querelante ne conseguita che ci fu da sua parte un consentimento dato per errore, ma il solo errore, la sola mancanza di consenso non possono costituir da sè il reato di stupro; poichè l'errore o la mancanza di consenso non fu mica accompagnato da violenze morali o fisiche; che questo fatto è certamente assai immorale, ma se la legge serba silenzio sopra fatti di tal natura, non vi si può supplire per mezzo di analogia (5). »

Noi non potremmo persuaderci ad ammettere che un misfatto così grave debba rimanere fuori le previsioni della legge, mentre i risultamenti sono gli stessi che se si fosse praticata violenza fisica. Il disonore di una vittima, la desolazione di una famiglia, i mezzi adoperti dal colpevole per riuscir nell'intento sono forse meno odiosi? La sorpresa è forse meno infame della forza; la frode meno odiosa della violenza? Supponete che l'attentato sia stato commesso nel sonno in cui la vittima fu immersa con droghe narcotiche. Non si vede forse violenza in questa infame machinazione che gli dà in braccio la vittima senza che essa possa difendersi, in questi mezzi criminosi che presentano la vittima incatenata alla consumazione del reato, in questi ceppi di un sonno letargico che tengon captiva la vittima? Or, potrebbesi mai stabilire una reale differenza tra queste due ipotesi? In entrambe non può imputarsi alla vittima di aver ceduto, d'essersi illusa; la sua volontà, la sua forza furono inecceppate; e che rileva che ciò sia avvenuto mercè machinazioni criminose ordite, mercè droghe narcotiche perfidamente propinate, o con violenza fisica? L'attentato non debbe forse dirsi più atroce mentre rivela dei preparativi orditi con più sangue freddo? Può forse opporsi che in questo caso la violenza non concorre nell'atto stesso dell'attentato? Ma questa violenza dura quanto l'errore, quanto il sonno procurato fraudolentemente. Allorchè la giovane rapita si desta fra le braccia del suo rapitore ed egli profitta di questo momento per consumare lo stupro, può mai sostenersi che l'abbia commesso senza violenza, senza resistenza? Se la vittima fu messa nella impossibilità di re-

(1) L. 13, p. 15, Dig. de injuriis.

(2) Fabro nel § 4 delle Istituzioni de *pubbl. judiciis*; Carreiro. tratt. de *homicidio* N. 3, Farinaccio quest. 145, N. 162.

(3) Damuderio, cap. 93, N. 13.

(4) Decia. Cass. 14 Giugno 1812.

(5) Besançon, 13 ottob. 1818.

sistere non si dee forse rimontare agli atti che le hanno avvinte le braccia? (a)

Ma la violenza non può esser mai presunta; uopo è che essa sia rivelata dai fatti stessi; uopo è che risulti o dalla resistenza della vittima, o dagli atti fraudolenti che l'hanno impedita. Così, l'aver abusato d'una donzella in istato di demenza, la quale a causa della sua malattia non s'è potuta difendere, è certamente un'azione infame ma non costituisce mica il reato di stupro, poichè nulla prova che s'èvi stata violenza, nulla prova che questa donzella non abbia avuto coscienza della sua azione, che non vi abbia prestato un tacito consentimento. La Camera del Consiglio del Tribunale della Senna, dichiarando che un tal fatto non costituisce mica lo stupro, avea creduto almeno poter equipararlo al reato preveduto dall'articolo 331: la camera di Accusa della Corte di Parigi ha saggiamente rigettata questa interpretazione per seguenti motivi: « Attesochè la legge non punisce mica l'attentato al pudore, commesso in persona d'individuo maggiore di dodici anni, se non quando sia stato accompagnato da violenza; che il voler applicare al caso di imbecillità il principio che dichiara punibile l'attentato commesso senza violenza in individui minori di undici anni, importa procedere per analogia da un caso preveduto ad altro non previsto, il che non può ammettersi in materia penale; ciò importerebbe abbandonare l'applicazione della legge alla valutazione dello stato morale della vittima, cosa che menerebbe all'arbitrio; sarebbe lo stesso che punire il colpevole d'un misfatto che avrebbe potuto commettere non *scientemente perchè i segni della debolezza di spirito non sono nè sempre nè per tutti apparenti* (1) (b). »

Le svariate ipotesi per noi discorse sono sufficienti per far conoscere i veri caratteri della violenza costitutiva dello stupro. E ora mestieri notare che questa violenza costituisce il misfatto sol che sia praticata per commet-

terlo, indipendentemente dalla sua consumazione. È questa la conseguenza della regola generale che punisce il tentativo come lo stesso misfatto (c). Ma quali sono i caratteri del tentativo dello stupro?

La Corte di Cassazione per molto tempo decise (2) che la legge Penale non prevedeva e non puniva nello stupro che il misfatto consumato; che il tentativo di stupro commesso con violenza non era altro che un attentato al pudore; che il tentativo degli attentati al pudore non era mica subordinato ai requisiti designati nell'articolo 2.^o Cod. Pen. (69 e 70 ll. p.); in questa giurisprudenza si vede una strana confusione. Senza dubbio, come l'abbiam già detto, il tentativo dell'attentato al pudore costituisce una eccezione alle regole dell'articolo 2.^o, ma noi abbiem del pari notato che l'attentato al pudore e lo stupro sono due misfatti distinti, i quali diversano e per la loro reità e pel loro scopo (3). L'attentato al pudore può non avere a scopo lo stupro, non può dunque esser tentativo di questo reato. D'altra banda, se il tentativo dell'attentato al pudore va sottratto alle regole generali dell'art. 2 (69 e 70 ll. p.) ciò è per la natura del reato che non consente la desistenza volontaria dopo cominciata la esecuzione. Ma questa ragione non vige più rispetto allo stupro; lo stupro si compone di diversi atti di violenza che tendono ad uno scopo determinato; è possibile che innanzi di raggiungere questo scopo il colpevole desista dall'opera, è possibile ancora che a malgrado della violenza non riesca nell'intento, nulla dunque si oppone che questo tentativo sia sottomesso ai principi onde vanno regolati tutti i tentativi de' misfatti; questa dottrina risulta anche dall'articolo 332, poichè questo articolo non ha enunciato il tentativo dello stupro in

(c) Per la pena comminata dalle leggi penali delle Due Sicilie contro il tentativo dello stupro, v. nota a pag. 237.

(2) Decis. Cass. 18 maggio 1815; 13 sett. 1831. Sirey, 32, 62.

(3) Quando il colpevole è stato messo sotto accusa per sola imputazione di stupro o di tentativo di stupro non può esser presentata al Giuri una questione per violento attentato al pudore; Bruxelles 23 Luglio 1839; Giorn. di Bruxelles 1839, 320. Vedi su questa ed altre questioni analoghe Carnot intorno l'art. 338 C. crim. Legreverand, nel cap. del sistema generale di Accusa, sez. 3 e 4 e nel cap. delle Corti di Assisa, sez. 3 art. 1. e Gand, 20 feb. 1833.

(a) Coerentemente a questa dottrina, nell'articolo 339 §. 2 ll. p. sta prescritto: Lo stupro ed ogni altro attentato al pudore si reputa sempre violento: 1. quando la persona di cui si abusa trovasi fuori dei sensi sia per artificio dello stesso colpevole sia per qualunque altra causa.

(1) Parigi, 1 agosto 1835. Sirey, 35, 450.

(b) L'art. 339 §. 2 decide la questione in senso opposto. V. nota precedente.

modo speciale come ha fatto dell' attentato al pudore. Del rimanente, inutile cosa si è ora insistere su di ciò, poichè la Corte di Cassazione, rivenendo su i propri passi, ha deciso che una quistione di tentativo di stupro, ove non si trovassero i caratteri del tentativo legale, non poteva servir di base a condanna alcuna. I motivi di questa Decisione sono: « che nella specie tale quistione non rispondeva alla decisione di sottoposizione ad accusa, ed al riassunto dell' atto di accusa, poichè non conteneva i caratteri che l' articolo 2. Cod. Pen. (69 e 70 ll. p.) richiede perchè il tentativo possa esser riguardato come il misfatto stesso; che in conseguente, non essendo stata proposta al Giuri la quistione su i caratteri legali del misfatto, la sua risposta affermativa non potea servir di base legale all' applicazione di una pena; che nel presente stato della legislazione, lo stupro o il tentativo legale di esso non potevano essere confusi con gli altri attentati al pudore consumati o tentati con violenza, non potevano nè anco esser loro pareggiati poichè ne diversano non solamente per la loro natura ma ancora per la gravità delle pene comminate dalla legge (1). »

Passiamo ora alla disamina dei caratteri che sono comuni a questi due misfatti. Questi caratteri vengono dalle circostanze che essendo le stesse improntano entrambi della stessa gravità.

La prima di queste circostanze è l'età della vittima. Il secondo paragrafo dell' articolo 332 relativo allo stupro porta: « Se il misfatto sia stato commesso in persona di un fanciullo minore di quindici anni compiuti, il colpevole sarà punito col massimo dei lavori forzati a tempo. » Il quarto paragrafo dello stesso articolo, relativo al violento attentato al pudore, ripete la stessa disposizione: « Se il misfatto sia stato commesso in persona di un fanciullo minore di quindici anni compiuti, il colpevole avrà la pena dei lavori forzati a tempo. Il relatore della Commissione legislativa motivava tale disposizione in questi termini: « Nell' età minore di quindici anni compiuti l' innocenza dee imporre più speciali rispetti, e metter freno per fino ai desideri; adoperar la forza è allora un atto tanto più abominabile in quanto che va contro lo stesso istinto di natura ed abusa della ine-

spertezza e debolezza della vittima. Quando il reato sia commesso contro chi ha meno di questa età, gli autori del progetto della legge saviamente propongono un accrescimento di pena poichè i motivi aggravanti stanno nello stesso fatto. »

L' età che, nell' attentato al pudore commesso senza violenza, è elemento del reato, costituisce per l' opposto una circostanza aggravante dell' attentato al pudore con violenza; poichè in quest' ultima ipotesi il reato ha vita indipendentemente da questa circostanza, la quale ha soltanto per effetto l' aggravazione della pena. Da ciò ne conseguiva primamente che al solo Giuri spetta dichiarar questa circostanza di fatto (2); in secondo luogo che essa debb' esser proposta in apposita e distinta quistione (3).

Una seconda circostanza aggravante, del pari comune ai misfatti di stupro e di attentato al pudore con violenza, risulta dalla qualità del colpevole. Ai termini dell' art. 333 del Cod. Pen. (339 e 341) la pena è quella dei lavori forzati perpetui: « se i colpevoli sono gli ascendenti della persona su cui è stato commesso l' attentato, se sono della classe di quelli che hanno autorità sulla vittima, se sono loro istitutori, o servi salariati, o servi salariati degli individui qui designati, se sono funzionari o ministri di un culto ». Il germe di quest' aggravazione trovasi nell' antica legislazione.

La legge Romana comminava pena più grave contro lo stupro quando fosse stato commesso dal tutore o curatore della vittima (4) o da un ebreo in donzella Cristiana (5) o da uno schiavo sulla sua padrona (6). La dichiarazione del 22 Novembre 1730 aveva adottato questo principio: « Le persone maggiori o minori, porta il suo articolo 3.º, che si troveranno solamente colpevoli di un commercio illecito saranno condannate a quelle pene che si crederanno convenevoli secondo le circostanze, senza che però possa il giudice

(1) Decis. Cass. 8 Nov. 1838.

(2) Decis. Cass. 18 aprile 1839.

(3) Si tutor pupillam quodam suam violata castitate stupraverit, deportationi subijgetur atque universae ejus facultates fisci jure vindicentur. L. un. Cod. Si quis eam cujus sit fuerit corrupt.

(4) L. 6, Cod. de judicis. Giulio Claro, §. fornicatio. N. 26; Farinaccio, quist. 139, N. 3.

(5) L. 1, Cod. de mul. quae ser. prep. se junxerunt.

(1) Decis. Cass. 13 Sett. 1837. Sirey, 38, 149.

Pronunziare la pena di morte, eccetto se per l'atrocità dei casi per la *qualità e l'indegnità del colpevole* questo mi-fatto richiegga l'ultimo supplizio, la quale scelta è confidata all'onore e alla coscienza dei giudici: « Muryart de Vouglans, dopo aver citata questa ordinanza, aggiunge: Per quanto risulta dagli arresti pare che si sien seguite le distinzioni fatte tanto da questa legge quanto dal dritto romano per ciò che riguarda l'accrescimento o la diminuzione delle pene secondo le circostanze, e massime secondo la qualità di coloro che commettono tali reati o di coloro che ne son vittima: vuolsi dire che si ha l'uso di pronunziare le pene corporali ed anche le capitali, di cui si è parlato in questa legge, contro quelli che abusano della indegnità del loro stato, dell'influenza che, per la loro qualità, hanno su i giovani per giungere alla consumazione di questo misfatto, come sono gli schiavi, i Giudei, i tutori e i curatori. A questi bisogna aggiungere il custode che abusa del prigioniero, il medico rispetto all'infermo, il maestro di danza o canto in riguardo al discepolo, il Pieveano in riguardo alla sua filiana, il confessore per la sua penitente, il Barone rispetto alla figlia del suo vassallo (1) ». Così, sotto l'impero di questa legislazione, la pena diventava più grave a seconda delle qualità del colpevole, dell'autorità che aveva sulla vittima, delle agevolazioni che il suo stato gli offriva per consumare il misfatto, della fiducia in lui riposta da coloro dei quali egli aveva abusato. Il nostro codice dunque non ha fatto che ereditare una massima già sconsigliata da lunga consuetudine.

Passiamo ora a disaminare le svariate applicazioni di questo principio fatte dall'articolo 333 (339 N. 3 e 4 e 340); la prima concerne gli *ascendenti* della persona su cui è commesso l'attentato. La parola *ascendenti* fu aggiunta all'articolo dalla legge del 28 aprile 1832. L'articolo si limitava ad enunciare generalmente: *quelli che hanno autorità sulla persona che sia stata oggetto dell'attentato*, ed essendosi fatta quistione: se poteva annoverarsi in questa classe il padre colpevole di attentato al pudore in persona di sua figlia maggiore, la Corte di Cassazione, a camere riunite, il 6 dicembre 1828, decise che il legislatore non avendo nominatamente designato i genitori, e l'autorità del padre e

della madre su i loro figli cessando, giusta il Codice civile, colla maggioranza e l'emancipazione, l'articolo 333 non poteva applicarsi a questa ipotesi (2). Per colmare questa lacuna il legislatore ha rettificato l'articolo.

Dopo gli ascendenti, l'articolo 333 enuncia le persone che sono della classe di *quelli che hanno autorità sulla vittima*. Si possono distinguere due specie di autorità: l'autorità legale che deriva dalla stessa legge, come quella del padre, della madre, dei tutori e curatori, e l'autorità di fatto che deriva non dalla legge ma dalle circostanze e dallo stato delle persone, come l'autorità che il marito esercita su i figli nati da precedente matrimonio di sua moglie, il padrone su la persona di suo servizio. Puossi forse limitare la disposizione della legge alle sole persone che sono rivestite di autorità legale? Alcuni autori tengono per l'affermativa: « Per quelli che hanno autorità sulle persone, dice il sig. Carnot, non si possono intendere che il padre, la madre, i tutori e i curatori (3). » Il sig. Haus aggiunge: La disposizione dell'articolo 333 è eccezionale, epperò debb'essere interpretata in senso restrittivo; essa è disposizione penale quindi nel dubbio debb'essere spiegata nel senso più favorevole agli imputati. L'articolo dopo questa disposizione passa a parlare nominatamente degli istitutori, funzionari pubblici e ministri di un culto, cioè, delle persone che hanno un'autorità di fatto. Or questa designazione speciale sarebbe inutile se i termini dell'articolo 333 comprendessero l'autorità di dritto e di fatto (4).

Pare che questi motivi non sieno conclusivi. L'articolo 333 si estende in generale a tutte le persone che hanno autorità sulla vittima; esso non fa distinzione tra autori di dritto e di fatto, non si può dunque circoscrivere la sua disposizione ad uno di questi casi se non quando lo comanda la ragion della legge. Or, quale è il motivo dell'aggravazione? Si è che il colpevole, rivestito di un'autorità sulla persona altrui, se ne vale come d'istrumento per consumare il suo attentato; sì e che egli volge a mezzo di corruzione quell'autorità che doveva essere scudo di pro-

(2) Sirey, 29, I. 246.

(3) Com. al Cod. Pen. art. 338.

(4) Osserv. sul progetto del Codice Penale Belgico, tom. 3, p. 7.

(1) Leg. Crim. p. 213.

tezione, perchè egli tradisce un dovere speciale, il dovere che gl'impone la stessa sua autorità. Ciò premesso, che rileva se l'autorità deriva dalla legge o dalla condizione sociale? Basta che vi sia questa autorità perchè il reato diventi più grave, dappoichè esso fu consumato appunto per l'abuso di essa. D'altra banda, l'autorità legale non diventa una circostanza aggravante del reato se non perchè essa suppone necessariamente un'autorità di fatto; la reità si aggrava a causa dell'influenza morale che il colpevole ha potuto esercitare, e gli effetti di questa influenza sono evidentemente gli stessi, da qualunque sorgente essa derivi.

Non difficile cosa si è poi rispondere all'objezione poggiata nella speciale menzione che l'articolo 333 fa di quelli i quali hanno autorità sulla persona offesa, dopo di avere nominatamente enunciati gl'istitutori, i funzionari ed i ministri del culto. Per queste persone la causa di aggravamento deriva non dall'autorità che esercitano, ma dalla violazione dei doveri imposti loro dalle rispettive cariche. La enunciazione degl'istitutori e dei funzionari non esclude mica dai termini dell'art. 333 coloro che esercitano soltanto una autorità di fatto, come la enunciazione degli ascendenti non esclude le altre persone che esercitano un'autorità legale.

Questa interpretazione trova appoggio nelle parole dell'Oratore del Corpo legislativo: « Il progetto, diceva il signor di Monseignat, si applica agl'individui che hanno qualche autorità sulla persona che sia vittima dell'attentato in parola, come i suoi padroni, i suoi tutori, i suoi curatori. » Così lo stesso legislatore, sviluppando questa disposizione, confonde l'autorità che deriva dal fatto con quella che viene dalla legge. La Corte di Cassazione ha confermata questa dottrina. Una Corte di Assisa si era negata ad elevar la questione: se la persona offesa fosse domestica dell'autore dell'attentato, adducendo per motivo che la qualità di padrone non importava alcun aggravamento. La Corte di Cassazione mise nel nulla questa decisione pei seguenti motivi: « Attesochè se i padroni colpevoli verso i loro domestici di uno dei reati preveduti dall'articolo 331 Codice Penale (333 a 335 ll. p.) non sono nominatamente enunciati nell'articolo 333 dello stesso Codice (339 e 340 ll. p.) vi sono però di necessità implicitamente compresi; che dalla

pubblica discussione risultava esser la querelante domestica dell'imputato quando erasi commesso il misfatto; che essendo risultato dai dibattimenti una di quelle circostanze le quali aggravano il misfatto di violento attentato al pudore, il Ministero Pub. avea avuto il diritto di chiedere che si elevasse un'apposita quistione su questa circostanza; che la Corte di Assisa ha evidentemente male interpretato e violato il detto articolo quando si è negata di deliberare su questa parte della requisitoria del Pubblico Ministero, pel motivo che i padroni non sono nominatamente compresi nell'art. 333 (339 N. 3 e 340), mentre la disposizione di questo articolo, comprendendo tutti i colpevoli delle classi di quelli che hanno autorità sulla persona offesa, si applica necessariamente ai padroni che abbiano così delinquito verso i loro servi (1). » (a)

Fissato così il senso delle parole del articolo in esame, ci rimane determinare qual sia la giurisdizione che deve dichiarare se il colpevole sia della classe delle persone che hanno un'autorità sulla vittima dell'attentato. Noi abbiamo avuta opportunità di esaminare tale quistione che si attiene più all'istruzione criminale che al Codice Penale. Per regola generale, i fatti e le sue circostanze non possono esser valutati che dal Giuri; or, l'autorità di cui abbia potuto esser rivestito

(1) Decis. Cass. 26 dicembre 1823, Sirey, 23, 1. 185; Dalloz, 3, 106.

(a) Tale quistione non può aver luogo presso le leggi penali delle Due Sicilie. Negli articoli 339 e 340 di queste leggi furono soppresse le vaghe espressioni dall'articolo francese: *se il colpevole sieno della classe di coloro che hanno autorità su la vittima*. In conseguenza, non potendosi in materia penale argomentare per analogia, la qualità personale che è di aggravamento in tale reato non può desumersi che dalle persone nominatamente designate nei citati articoli 339 e 340.

L'articolo 340 aggrava la pena se il colpevole sia un domestico con salario della persona offesa. Qui è da notarsi che la qualità di domestico salariato aggrava ma non costituisce il reato; vogliamo dire non basta questa qualità per render punibile lo stupro, ma si richiede che lo stupro sia violento o feticamente o per la presunzione stabilita nei N. 1 e 2 art. 339. Questa violenza è quella che debb'esser provata come primo elemento della imputazione; l'art. 340 non contiene nuove ipotesi di reati, ma aggrava la pena dei reati indicati negli articoli precedenti (Edu. Nap.)

l'accusato è una circostanza di fatto. Ma a fianco a questa regola la Corte di Cassazione ha stabilito un altro principio, cioè, che se il *costa* dei fatti può esser pronunziato dal solo Giurì, spetta alle Corti d'Assisa tirare da questi fatti le loro conseguenze legali. Così, spetta al Giurì dichiarare l'età della persona che fu vittima dell' attentato (1); a lui decidere se il colpevole di questo attentato sia tutore, patrigno, ascendente o domestico della persona offesa (2). Queste circostanze sono elementi di aggravazione o di attenuazione di pena, quindi non possono esser sottratte alla giurisdizione del Giurì. In vano si direbbe che queste circostanze possono esser provate con scritture autentiche. L'atto autentico nei dibattimenti criminali perde la sua forza probatoria, non gli rimane più che una forza di presunzione, cui l'arbitrio illimitato del Giurì può ammettere o rigettare. Non basta più che il fatto risulti da un atto, non è ancora che il Giurì ammetta e proclami questo risulamento. Quando poi non trattasi più di provare soltanto un fatto, ma di tirarne le conseguenze legali in rapporto all'applicazione della pena, allora, secondo le massime della stessa Giurisprudenza, cessa l'impero del Giurì e diventa competente la Corte di Assisa. Eppure, soltanto questa Corte può decidere se l'accusato, nella sua qualità di patrigno dichiarata dal Giurì, abbia un'autorità legale sulla figlia di sua moglie (3), se lo zio abbia autorità sulla sua nipote (4), il padrone sul servo, il tutore sulla pupilla. Questa distinzione è ormai rifermata da moltissimi arresti (5).

Seguendo questa distinzione la Corte di Cassazione ha deciso in diritto che il marito abbia autorità su i figli minori non emancipati, procreati col primo matrimonio di sua moglie, ma che quest'autorità cessa con la loro maggiore età o emancipazione (6). I motivi di questa Decisione furono « che ai ter-

mini dell'articolo 372 Codice civile (288 II. cc.) il figlio rimane sotto la potestà dei suoi genitori sino alla maggiore età o emancipazione, ed ai termini dell'articolo 374 dello stesso Codice (290 II. cc.) il figlio non può abbandonare la casa paterna senza il permesso del padre; che quest'autorità continua in tutto il suo vigore, con qualche modificazione, in persona della madre dopo la morte del padre, ed anche quando sia passata a seconde nozze: che in quest'ultimo caso il secondo marito per solo effetto della sua potestà maritale, e per la sua qualità di capo e padrone del domicilio comune, partecipa necessariamente dell'autorità che la sua moglie ha su i suoi figli minori e non emancipati avuti col precedente matrimonio, il che risulta dal complesso delle disposizioni degli articoli 213, 214, 395 e 396 del Codice civile; che se egli è vero perdersi, *ipso jure*, la tutela della madre che sia passata a seconde nozze, senza aver convocato il consiglio di famiglia per decidere se convenga serbare a lei la tutela della sua figlia minore, non è men vero che il marito, quantunque non rivestito della qualità di contutore, rimane responsabile delle conseguenze della tutela conservata indebitamente dalla sua moglie; che questa disposizione della legge prova ad evidenza aver il legislatore considerato il secondo marito come rivestito di un'effettiva autorità su i beni e sulla persona del figlio minore di sua moglie, mentre lo aggrava di corresponsabilità; che da questi principi conseguita che il patrigno, colpevole di stupro in persona della sua figliastria minore non emancipata, entra nella categoria delle persone che hanno autorità su quelli presi in considerazione dall'articolo 333 Codice Penale (7). »

La terza classe delle persone, la cui qualità è motivo di aggravazione del reato, va composta degli *istitutori*. Quest'aggravazione non poggia propriamente sull'autorità che essi esercitano; in alcuni casi quest'autorità non vi è affatto, come ad esempio, quando non fanno che insegnare un'arte, una scienza qualunque. Se il loro misfatto diventa più grave l'è perchè essi calpestando un dovere più sacro, perchè abusando della fiducia in loro riposta, perchè si avvalgono delle agevolazioni che loro offre la carica, e della fami-

(1) Decis. Cass. 1 ottobre 1834. Sirey, 34, 767.

(2) Decis. Cass. 5 Maggio 1832.

(3) Decis. Cass. 25 marzo 1830 (Sirey, 30, 277); 3 maggio 1832; 2 ottob. 1835, 29 sett. 1836; Sirey, 36, 112.

(4) Decis. Cass. 4 aprile 1833. Sirey, 33, 411.

(5) Ved. Decis. Cass., 10 agosto 1839; Sirey, 40, 71.

(6) Decis. Cass. 25 marzo 1830; 3 maggio 1832. Sirey, 30 277; 26 feb. 1836.

(7) Cass. 16 feb. 1837; Sirey, 37, 551.

liarità che per essa è loro accordata. Questi sono i motivi che hanno indotto il legislatore a menzionare nella legge *gli istitutori* dopo aver fatto parola di quelli che hanno autorità sulla persona. Del rimanente, noi opiniamo che in questa espressione debbonsi comprendere tutti i maestri incaricati sia dell'educazione sia dell'insegnamento di alcuno, dappoiché per tutti milita lo stesso motivo. Lo stesso osservavasi nell'antico diritto, onde il nostro Codice ha tratto questa regola, e che l'applicava ai maestri di ballo, musica, disegno, convinti di aver abusato dei loro discepoli (1).

La quarta classe delle persone, la cui qualità è di aggravamento all'attentato, va composta dei *servi salariati* sia della stessa vittima sia degli ascendenti o delle persone che hanno autorità su di essa. L'articolo 333 nella prima compilazione non enunciava che i servi salariati della persona su la quale fosse commesso l'attentato; ma dalle incomplete espressioni dell'articolo nasceva una gravissima difficoltà. Si dubitava se lo stupro commesso dal servo sulla figlia del suo padrone fosse soggetto all'aggravamento, atteso che i servi sono servi salariati del padre, del capo di famiglia e non già dei suoi figli (2). La legge dei 28 aprile ha deleguati questi dubbi. La qualità di servo salariato fu apposta ad aggravamento non solo rispetto al capo della famiglia, ma ancora di tutti i membri che la compongono.

I funzionari pubblici ed i ministri del culto (a) costituiscono l'ultima classe delle persone la cui qualità è causa di aggravamento della pena. Per gli uni e per gli altri può elevarsi una grave quistione: basta forse avere questa qualità per andar soggetto alle pene comminate dall'art. 333 (340)? Non è forse anche necessario che il misfatto sia stato commesso nel luogo in cui si esercitano le funzioni, ed in persona di quelli sui quali quel carattere dava dell'autorità? Un deputato (sig. Lheerhette) nella discussione della legge dei 28 aprile 1832 avea proposto che i termini della legge fossero ristretti, in rapporto ai funzionari, solo a quest'ultimo caso.

« Il motivo, diceva egli, che fa cominciare pena più grave contro la persona indicata nel primo paragrafo è solamente la maggiore facilità che loro si offre per commettere il reato; questo motivo dunque non può applicarsi al funzionario se non nei casi in cui le sue funzioni gli diano una influenza sulla persona, un mezzo d'introdursi presso di lei; in iscorcio, nei casi in cui il reato sia stato commesso con l'influenza delle funzioni. La disposizione della legge non debbe dunque essere obbligatoria contro la sola qualità del funzionario pubblico, ma soltanto facoltativa secondo i casi che di necessità variano all'infinito. Imper tanto, alcuni tribunali, astretti dai termini positivi dell'articolo del Codice Penale, hanno applicata quest'aggravazione di pena ad un impiegato dei dajz comunali (*octroi*) pel motivo, che avendo dritto di compilar processi verbali faccienti fede fino alla iscrizione in falso, egli era rivestito di carattere pubblico (3), come se il diritto di compilar processi verbali fosse stato di agevolazione per commettere il reato in disamina, e perciò dovesse essere di aggravazione della pena. Dirassi forse che i funzionari pubblici, in questa qualità, debbon dare esempio di buon costume, e sono più colpevoli quando delinquono. Ma allora debbonsi aggravar contro di essi le pene di tutti i reati, e non di questo solo, poichè non vi è per questo alcun speciale motivo (4).

Questo amendamento fu nella discussione rigettato a debole maggioranza. Debbesi forse riguardare questo voto della Camera dei Deputati come una riprovazione del sistema che l'era proposto? Noi non potremmo persuaderci ad ammettere questa conclusione, poichè difficile cosa sarebbe non vedere la giustizia di quel sistema. Soltanto l'abuso del potere, onde vanno rivestiti i funzionari, è quello che rende più grave il loro delitto; allorchè le loro funzioni non abbian potuto esercitare alcuna influenza sulla perpetrazione del reato, allorchè non si sieno avvalsi nè della loro autorità nè delle loro funzioni per questo oggetto, non si vede per qual motivo debbono essi venir puniti con più rigore degli al-

(1) Ioussé, tom. 3, p. 737, Fournel, p. 357.

(2) Cass. 6 sett. 1821. Dalloz, 3, p. 107; Sirey, 20, 512.

(3) Le leggi penali delle Due Sicilie han tolto dalle qualità aggravanti lo stupro quella di *Ministro del culto*.

(3) Fu applicata ancora ad un impiegato di Dogana; Cass. 24 gennajo 1822 (Sirey, 22, p. 184).

(4) Mon'lore del 6 dicembre 1830. Codice Penale progressivo, pag. 215.

tri cittadini. Certamente questa considerazione ha indotto il sig. Carnot ad opinare, in senso è vero un poco troppo assoluto, che non è applicabile al funzionario l'aggravazione della pena se il reato sia commesso fuori il luogo della residenza di lui (1). A dir il vero pare che alcune parole del relatore del corpo legislativo confutino questa distinzione. « I funzionari pubblici, diceva il sig. di Monseignat, i ministri di un culto, gli uomini rivestiti di un carattere eminente, vi diceva, son pochi giorni, il relatore del consiglio di stato in svilupparvi una disposizione da voi sanzionata in legge, debbon dare agli altri cittadini l'esempio di pura ed intemerata condotta, più riprovevoli quando cadono in fallo, più colpevoli quando commettono un delitto debbono esser puniti con più rigore. » Ma è da notare che queste ultime parole, improntate dal signor Berlier, eran state applicate da quest'ultimo al funzionario colpevole di concussione che la legge punisce più rigorosamente del semplice commesso. Il sig. Monseignat, estendendo questa disposizione ai misfatti di stupro ed attentato al pudore, non ha riflettuto che la gravità di questi misfatti non aveva sua ragione nel grado elevato del funzionario, come per la concussione ma nell'abuso dell'autorità. Imperocchè se il funzionario che commette tale misfatto dovesse riguardarsi più colpevole a ragione del solo suo titolo, questa prescrizione dovrebbe estendersi a tutti i misfatti, a tutti gli attentati. La legge dunque nello stupro non aggrava la pena contro l'indignità del funzionario ma contro l'abuso fatto della sua autorità per commettere il reato; l'aggravazione deriva non dal suo titolo di funzionario ma dall'abuso del potere di cui era depositario. Le espressioni della legge, comunque dir si vogliano assolute, non escludono questa distinzione che tende a metterle fra loro in accordo, spiegando il loro vero significato col pensiero che le ha dettate. (a)

Abbiamo così discorse le circostanze aggravanti dei misfatti di stupro e di attentato al

nesso dagl'istitutori, direttori o tutori sulle persone di età minore di 16 anni compiuti affidate alla loro cura o direzione: 4. quando sia commesso su i prigionieri da coloro che sono incaricati della loro custodia o trasporto. » Così, in forza di questo articolo la qualità delle persone ivi menzionate è circostanza costitutiva del misfatto, è tale che senza di essa il fatto della torpe lascivia non sarebbe reato.

Or questa stessa qualità è dalla legge riguardata come circostanza aggravante nell'articolo 340 così conceputo: « I reati indicati nei precedenti articoli, consumati, tentati o mancanti saran puniti con un grado di più delle pene ivi stabilite quando il colpevole sia . . . una delle persone designate nei N. 3 e 4 dell'articolo precedente; » come conciliare questa apparente antinomia? Se la qualità delle persone designate nei N. 3 e 4 dell'art. 339 è ora costitutiva, ora aggravante del reato, qual norma seguire per applicare la pena intrinseca del misfatto o aggravarla di un grado? Pare che questi due articoli possano esser messi in accordo con la seguente distinzione: se nello stupro, se nell'attentato al pudore non interviene quella violenza vera, reale ed effettiva, che imprime al fatto una veste delittuosa in rapporto a qualunque persona, se lo stupro non sia per se stesso violento, allora la qualità delle persone, indicate nei N. 3 e 4 dell'articolo 339, costituisce una violenza presunta, costituisce quell'elemento criminoso senza del quale il fatto non andrebbe soggetto a pena; allora questa qualità non aggrava ma attira sul fatto la pena degli articoli 333, 334 e 335 che senza di essa non potrebbero in quel fatto avere applicazione. Per contrario, se lo stupro o l'attentato al pudore abbia in sé i caratteri di una violenza reale o non presunta, se costituisce un fatto punibile in rapporto a qualunque persona, allora concorrendovi nell'autore di questo fatto, una delle qualità indicate nei N. 3 e 4 dell'art. 339, la pena debbe elevarsi di un grado su quella che si dovrebbe applicare, o, se l'attentato fosse stato commesso da qualsiasi altro individuo, allora vi è luogo all'aggravazione preveduta nell'art. 340.

Questa interpretazione pare che trovi non debole appoggio negli stessi termini degli art. 339 e 340. Questo ultimo dice: *i reati indicati nei precedenti articoli consumati, tentati o mancanti saranno puniti con un grado di più delle pene ivi stabilite.* Or, se l'aggravazione volesse misurarsi sulla disposizione dell'art. 339, che immediatamente lo precede, se volesse applicarsi alle ipotesi, ivi prevedute, di stupro con violenza presunta, non potrebbe giammai avere luogo. L'art. 339 non statuisce pena alcuna, non si avrebbe dunque il punto di confronto per l'aggravazione dell'art. 340; esso non prevede nuovo reato ma bensì le condizioni di un reato già preveduto con gli art. 333, 334 e 335.

(1) Comm. del Cod. Pen. tom. 2, p. 78.

(a) Le leggi penali delle Due Sicilie, del pari che il Codice Francese non assoggettano a pena che lo stupro violento, quello cioè pel quale la donna abbia sofferto una vera, reale ed effettiva forza nella sua dellorazione, giusta le parole di un'antica prammica; ancorchè però non ci sia questa violenza effettiva esse la presumono nei quattro casi dell'articolo 339 tra i quali si legge: 3. quando sia com-

pudore, circostanze che si attingono sia dall'età della vittima sia dalle qualità del colpevole. Una terza circostanza aggravante deriva dall'assistenza prestata al colpevole, nel commettere il reato, da una o più persone.

Tale assistenza può esser prestata sia da complici che hanno solamente a scopo di facilitare l'esecuzione del reato all'autor principale, sia da *coautori* che si agevolano scambievolmente la esecuzione successiva dello stesso reato.

In entrambi i casi ha luogo egualmente l'aggravazione, dappoi che la realtà è aggravata dal fatto materiale dell'assistenza, qualunque sia la intenzione di quelli che la prestano. Giusta le espressioni di una decisione « sarebbe un far ingiuria al legislatore supporre che egli abbia inteso infliggere la stessa pena all'individuo che, solo e senza essere aiutato da alcuno, abbia commesso o tentato di commettere uno stupro, e a quello, assai più colpevole, che si sia fatto aiutare nella esecuzione del misfatto da una o più persone, le cui forze unite abbian messa la sventurata vittima nella impossibilità assoluta di difendersi, e che abbian ancora potuto salottare in successiva vice la loro brutalità ed accoppiare così la barbarie all'oltraggio (1). »

La stessa pena colpisce egualmente i complici e i *coautori*: i primi in virtù dell'articolo 59 (75) (a) gli altri in forza dell'art. 333 Codice Penale (341 ll. p.). In entrambi i casi questa unione non può aver per causa movente che o un vile interesse, o un orrorosa parteci-

pazione di lascivia. Non di manro uopo è notare questa differenza: rispetto i complici e mestieri che le quistioni proposte al Giuri enunciano le circostanze costitutive della complicità specificate nell'art. 60 Codice Penale (74 ll. p.); rispetto ai coautori, che hanno tutti simultaneamente preso parte al reato, questa dichiarazione rimane senza oggetto (2).

In conseguenza di questa distinzione la Corte di Cassazione ha deciso che l'accusato, dichiarato colpevole di avere in unione di altro individuo commesso il misfatto di stupro, era soggetto alla pena pronunziata dall'art. 333 (341 ll. p.) « Attesochè quando due individui commettono di conserva un misfatto sono necessariamente coautori, essendovi simultaneità di azione e di mutua assistenza (3).

La stessa Corte ha deciso che in un'accusa di complicità di stupro, dichiarando l'accusato colpevole di avere assistito l'autore del misfatto nei mezzi di commetterlo non sia necessario aggiungersi dal Giuri che egli abbia agito *scientemente* (4). Noi abbiain confutata questa Decisione in stabilire le regole costitutive della complicità (5). (b)

(a) Decis. Cass. 31 luglio 1818. Dalloz, 3, 102 Sirey, 19, 116.

(3) Decis. Cass. 29 genn. 1829. Sirey, 30, 102.

(4) Decis. Cass. 18 maggio 1815. Dalloz, 3, 112 Sirey 13, 498.

(5) Ved. tom. 1, p. 201.

(b) Le leggi penali delle Due Sicilie, con gli articoli 341 e 342, prevedeggono altre circostanze aggravanti gli stupri.

Articolo 341: « I reati indicati negli articoli precedenti commessi, ma non tentati saranno puniti con un grado di più delle pene ivi stabilite in ognuno de' seguenti tre casi: 1. se il colpevole nell'eseguire il misfatto venga aiutato da una o più persone. 2. Se vi abbia impiegato armi. 3. Se la persona contro di cui si è usata violenza sia stata ferita o percossa, quando anche la ferita o percossa non abbia i caratteri di omicidio tentato o mancato.

Articolo 342: « I reati precedenti nei precedenti articoli tentati, ma non consumati saranno puniti col quarto grado dei ferri quando la ferita o percossa, menzionata nell'art. 3 dell'articolo precedente, abbia i caratteri di omicidio tentato o mancato. Se vi sia intervenuto l'omicidio, la pena sarà quella della morte.

Intorno alla prima circostanza aggravante preveduta dall'articolo 341 non vi è osservazione a fare; su essa convengono volentieri sviluppata dai nostri autori nella pagina 250. La seconda circostanza aggravante è: se il colpevole abbia impiegato armi. Or di quali armi intende qui parlare la legge? essa non fa distinzione alcuna, sien queste pro-

Quali sono quelli che statuiscano le ipotesi e lo peso dei reati di questa sezione, a questi soli dunque possono rapportarsi gli articoli susseguenti onde vanno aggravate le pene. Ma questi articoli prevedono lo stupro violento per se stesso non per violenza presunta, prevedono fatti punibili anche senza il concorso delle qualità delle persone indicate nell'art. 339. Così si ha la ragionevole conseguenza che quelle qualità di persona, concorso in uno stupro non violento gli danno il carattere di violenza presunta, gli imprimono il marchio di reato ai termini dell'art. 339; concorre nell'autore di uno stupro violento di violenza effettiva non fanno che aggravare quella pena cui il fatto per se stesso meritava, non fanno che dar luogo all'aumento di pena prescritta dall'art. 340. (Edit. Nap.)

(1) Decis. Cass. 28 marzo 1812; Dalloz, 3, 102.

(a) Per le leggi Penali delle Due Sicilie gli assistenti allo stupro sono complici e non coautori possono esser puniti con uno a due gradi meno, giusta le norme dell'art. 75 ll. p.

Le pene cui danno luogo le circostanze aggravanti dello stupro e dell' attentato al pudore sono: i lavori forzati a tempo, a riguardo dell' attentato commesso con violenza in persona di un fanciullo minore di undici

anni: i lavori forzati perpetui pel violento attentato al pudore e per lo stupro commesso in persona minore o inaggiore di quindici anni. Così, quest' ultima pena è indistintamente applicata o che al misfatto svestito della

prie o improprie, sien vietate o lecite, sia pur qualunque l'istrumento, purché atto ad offendere, adoperato dal colpevole nell'ossequire il misfatto diventa arma e gli aggrava la pena. La legge però richiede che egli vi abbia impiegato l'arma, fosse anche ciò solamente per minacciare ed atterrire. Ma se egli non fa uso dell'arma onde è fornito, se non tocca il grileto dello schioppo o è lo assesta a tiro in atto di minaccia, se non snuda il pugnale, se non alza il bastone in attitudine di percuotere, l'arma, onde egli era fornito e che rimase inerte nelle sue mani, non può mai apporglisi a circostanza aggravante. E per fermo, la legge non dice, come nell'art. 407, che vi sia violenza se il colpevole si presenta armato ma se abbia impiegato armi, quindi non può darsi lo stesso significato, non può supporre lo stesso concetto in due disposizioni che il legislatore ha espresse con diverso linguaggio. E se a ragione il Nicolini si avvisa che non può dichiararsi violento lo stupro solo perché alcuno si è presentato armato alla donna senza impiegare l'arma o minacciare di usarne (*) molto meno può questo semplice fatto di presentarsi armato esser ritenuto non come costitutivo della violenza, ma come aggravante di questa violenza.

La terza circostanza aggravante, menzionata da questo articolo, è il fatto di ferite o percosse date alla vittima o a chi sia accorsa in suo aiuto. L'aggravazione ha luogo qualunque sia la natura di queste ferite o percosse, e, del pari che nelle altre due discorse circostanze, aumenta la pena di un grado su quella che il fatto meriterebbe per se stesso; allorché però queste ferite o percosse abbiano i caratteri di omicidio tentato o mancato, allora la pena non ha più un aggravamento progressivo ma è fissata al quarto grado dei ferri, e si estende fino alla morte se vi sia intervenuto omicidio, art. 344.

Carattere comune a questi reati di sangue, che intervengono nello stupro, si è che per darsi luogo all'aggravazione altro nesso non si richiede con l'attentato al pudore se non la contemporaneità. È questo il requisito essenziale e che distingue tale aggravazione da quella dell' articolo 408. Provato questo estremo l'accusa non deve andar indagando se tra l'omicidio e lo stupro vi sia o pur no quel nesso che richiede l'art. 332 n. 6. L'art. 332 n. 6, dice il Nicolini, è generale per tutti i reati, ed in uno dei suoi casi è anche applicabile all'omicidio della persona stuprata, ove cioè questo non avvenga in continenti, ma dopo, per sopprimer la prae-

va. Quando la percossa, o la ferita o l'omicidio è commesso in continenti allora è preveduto in tutti i casi dall'art. 344 (**). In conseguenza di questo principio la Corte Suprema decise che invano il condannato si studiava di sfuggir l'estremo supplicio con dire che l'omicidio intervenuto nello stupro avea avuto causa solo da vendetta d'ingiurie precedenti e non dallo stupro stesso; il motivo addotto dalla Corte regolatrice fu che, la legge in questo articolo non guarda al nesso della causale, ma soltanto a quella del tempo (**).

E però a notarsi che l'art. 341 non fa che statuirci circostanze aggravanti dei reati preveduti nei precedenti art. 333, 334 e 335; dunque il fatto principale a provarsi dall'accusa si è il reato preveduto da quegli articoli, cioè lo stupro e l'attentato violento al pudore. Epperò se lo stupro sia stato volontario, se ci sia stato il consentimento della paziente, i fatti preveduti dall'art. 342, intervenuti immediatamente dopo uno stupro non violento e perciò non punibile, non possono avere altra pena che quella meritata dal loro intrinseco carattere; non possono andare sotto l'applicazione di questo articolo, ma delle disposizioni a loro speciali.

Da ultimo, non è avvertire che il nesso con lo stupro preveduto da questo articolo non esclude l'omicidio dal beneficio degli articoli 362, 363 e 369, perché essi sono generali e comuni a tutti i reati di sangue senza eccezione alcuna.

Ultima osservazione riguardo a questa materia si è che la minorazione, preveduta dall'art. 343, non ha luogo quando il reato sia commesso con armi da p. u. persone; ciò fu dichiarato con ministeriale dei 13 maggio 1824 così concepita: « L'art. 343 delle leggi penali che, per la qualità di pubblica osertrice, vuol diminuire la pena sanzionata per gli attentati al pubblico pudore, restringe questa minorazione di pena ai soli attentati preveduti dagli articoli 333 a 336. Non è compreso in alcuno di questi casi lo stupro commesso con armi da più persone. Questo misfatto che, oltre la turpitudine è accompagnato da circostanza che imprime allo stesso carattere di gravità, non può confondersi con gli attentati preveduti dagli articoli 333 a 336, nei quali tale circostanza aggravante non concorre; essa è compresa nell'art. 341 che non forma oggetto dell'art. 343. Quindi non potrebbe per tal misfatto darsi luogo alla minorazione della pena, senza violare lo spirito e la lettera della legge ». (Ed. Nap.)

(**) Quist. di diritto, vol. 4, p. 328.

(***) Decis. Corte Sup. 11 luglio 1838, causa Francesco Famiglietti.

(*) Quistioni di diritto, vol. 4, p. 320.

circostanze aggravanti spettò il *maximum* dei lavori forzati a tempo, o che gli spettò il *minimum* di questa pena, o che abbia la reclusione. Questo strano pareggiamento di pena per reati sì differenti è una inavvertenza del legislatore. Se scevri delle circostanze aggravanti questi reati non avevano lo stesso valor morale, non possono pel concorso d'uno stesso fatto, salire subito alla stessa gravezza e presentarsi vestiti della stessa reità.

CAPITOLO XIII.

DELL' ADULTERIO

Caratteri generali di questo reato — Divisione della materia — §. I. CARATTERI SPECIALI DELL' ADULTERIO — Elementi del delitto — Il primo elemento è il congiungimento illecito — Secondo elemento, matrimonio di uno dei colpevoli — Non vi è adulterio quando vi sieno semplici sponsali o quando il matrimonio sia disciolto — Terzo elemento, il dolo — §. II. DELL' ESERCIZIO DELL' AZIONE PENALE — Dritto di querela riservato al solo marito — Siegue forse da questo privilegio che l' adulterio sia un delitto privato? — Definizione di questo dritto del marito — È forse mestieri che egli stia nel procedimento come parte? — Effetti del suo appello e del suo ricorso — Effetti della sua querela rispetto il complice — Può egli desistere da questa querela? — Effetti di tale desistenza — Formalità di questo atto — In quali casi questa desistenza giova al complice — Debbe forse dirsi estinta l' azione penale nell' interesse del complice? — Si estingue forse per la morte del marito? — Regole relative al procedimento contro l' adulterio del marito — In quali casi questo adulterio costituisce reato — Dritto di querela che ha la moglie in questi casi — Effetti di questo dritto — Può essa desistere dal procedimento? — §. III. DELLA INAMMISSIBILITÀ DELLA QUERELA DI ADULTERIO — Effetti della violenza e del errore — Della prescrizione — Della nullità del matrimonio — Eccezione desunta dall' adulterio del marito — In quali casi può esser dedotta questa eccezione? — Che significano le parole: Mantenimento di una concubina nella casa conjugale — L' eccezione non può risultare che da un giudicato emesso contro il marito — Eccezione desunta dalla riconciliazione dei coniugi — Esame dei fatti di riconciliazione — Il complice può invocare questa eccezione desunta dalla connivenza del marito? — Motivi per non ammettere questa eccezione — Effetti della scusa desunta dai maltrattamenti del marito — Dal suo libertinaggio — Dallo stato di miseria — Motivi d' inammissibilità che il marito può opporre contro la querela della moglie — §. IV. DELLE PROVE DELL' ADULTERIO — Queste prove nell' interesse del complice sono limitate 1. alla prova scritta; 2. alla prova della flagranza — Definizione di questi due generi di prove — Fatti giustificativi che possono essere opposti dal complice — §. V. DELLA PENA DELL' ADULTERIO. — Cenno sull' antica legislazione — Variazioni del sistema repressivo di questo reato — Legislazione moderna — Disposizioni del Codice penale — Effetti della tenuità della pena — Delle circostanze attenuanti — Considerazioni su i danni-interessi — Su i complici — Comentario degli articoli 336, 337 e 339 Codice Penale (Art. 526, 527, 528, 529 e 530 LL. P.)

Il Codice Penale ha classato l' adulterio tanto dalla gravezza de' suoi risultamenti, nel novero degli attentati contro i costumi. l' adulterio dovrebbe noverarsi tra i più fustosi reati; esso non solo viola la santità del

matrimonio e scuote questa base della società, ma distrugge le affezioni di una famiglia anzi la famiglia stessa; esso vizia e corrompe i costumi, accende gli odii, anima le vendette, e diventa una delle più efficaci cagioni de' più odiosi misfatti. Nondimeno, il legislatore senza perder di vista queste fatali conseguenze, non ha potuto non tener conto di un altro elemento di ogni reato, di ogni pena, cioè del grado d'immoralità che l'adulterio suppone nello stato attuale de' nostri costumi. Per fissare la imputazione e graduar la pena il legislatore ha dovuto non solo *provare la piaga incessante che questo reato approfondisce nel corpo sociale* ma ancora indagare fino a qual punto la coscienza pubblica lo condanna o lo scusa, e se il colpevole, che subisce l'influenza dei pregiudizj e dei costumi, possa attingere in questi stessi costumi ed in questi pregiudizj una qualche attenuazione dell'azione che egli commette.

Questo è il pensiero che si trova spiegato nella esposizione dei motivi del Codice Penale « avvi una offesa ai costumi men pubblica della prostituzione professata per mestiere, ma quasi del pari colpevole; se essa non suppone delle abitudini così viziose presenta però la violazione di più doveri: questa è l'adulterio. Classato da tutti i Codici tra i più gravi attentati contro i costumi esso ha contro di sé la voce della morale; ma pare che mentre la legge lo punisce, l'opinione lo scusi e sia larga di favori verso il colpevole, di derisione verso l'offeso. Questo contrasto tra la opinione e la legge ha costretto il legislatore a noverar tra i delitti questi falli, che non era più in lui di elevare alla classe di misfatti.

Pare che queste parole mentre spiegano i motivi mostrano un certo rincrescimento della mitezza della legge. Pare quindi strana cosa che il legislatore non solamente abbia spinto questa mansuetudine fino a questo estremo, ma abbia ancora subordinata la repressione da lui prescritta a tante svariate formalità da renderla quasi sempre illusoria. Pare che dopo aver formulata la imputazione abbia temuto di dare adito al procedimento; pare che pago in certo modo di dettare una solenne lezione di morale, imprimendo all'adulterio il marchio di delitto, ne abbia poi abbandonata la repressione alla forza capricciosa ed arbitraria dell'opinione e dei costumi. Da ciò n'è venuto che la repressione di que-

sto delitto sia diventata troppo rara perchè possa partorire efficaci effetti sulla pubblica corrutela. Forse, senza nulla derogare alle sane massime tolte in presto dalle legislazioni che l'hanno preceduta, la legge avrebbe potuto elevare il *maximum* della pena, distrigare in certi casi l'azione penale da' suoi ostacoli, e far gravitare sopra i complici una più severa responsabilità.

Qui è nostro debito disaminare non solo i caratteri di questo reato ma ancora le regole speciali che ne governano il procedimento, dappoichè queste regole di procedura sono state formulate nel Codice Penale. In conseguenza, dividerem questa materia in una serie di paragrafi nei quali saranno successivamente disaminati: 1. i caratteri del delitto; 2. le regole relative all'esercizio dell'azione penale; 3 i motivi d'inammissibilità dell'azione; 4 le prove; 5. le disposizioni penali.

§. I.

Caratteri del Delitto di Adulterio.

Il Codice non ha definito l'adulterio, ma questa parola ha in sé, nella sua etimologia, la spiegazione del proprio significato: *adulterium ad alterum thorum vel uterum accessio*. L'adulterio è la profanazione del letto nuziale, la violazione della fede conjugale consumata corporalmente, *alieni thori violentio* (1).

Tre circostanze sono necessarie per costituire il delitto di adulterio: l'unione consumata dei due sessi; lo stato conjugale di uno dei due colpevoli, il *dolo* o la volontà colpevole da parte della persona maritata.

La consumazione del congiungimento illecito è la condizione essenziale del delitto. Finchè l'immorale desiderio non si reca in atto, finchè soltanto il pensiero è adulterio, la inazione della legge ha una ragion sufficiente nella sua impotenza di colpire il pensiero e i desiderj. Ma per schiudere il varco all'azione penale nè anche basta che questo pensiero si manifesti con degli atti licenziosi, con delle familiarità, ancorchè troppo intime; come mai questi atti possono dar vita ad un procedimento penale, se ancora non costituiscono l'adulterio consumato? come provarli, come accertarsi della più o meno col-

(1) Farinacio, quest. 141, n. 1.

pevole volontà che li muove? In qual vasto campo di presunzioni non dovrebbe dilungarsi il giudice per queste indagini? Inoltre, questi atti, quali che essi sieno, non hanno le stesse conseguenze della consumazione dell'adulterio; la donna traviata per un momento è ancora in tempo di tornare in sé; il talamo nuziale non è ancora macchiato; non sarebbe un procedere troppo avventato il pareggiare le lievi infedeltà alla totale dimenticanza dei propri doveri, la bizzarria di un istante alla completa violazione della fede conjugale? Questi sono i motivi che hanno persuaso il legislatore a non punire che l'adulterio consumato, il semplice tentativo non è mica parificato allo stesso delitto.

Lo stesso principio vigeva presso l'antico diritto: « Ogni abitudine o familiarità, dice Fournel, che non tendesse alla soddisfazione dei sensi, non può costituire un adulterio. Neppure adulterio possono costituire le dimestichezze oscene, dappoiché per l'adulterio si richiede necessariamente la consumazione dell'opera, *ita ut demum unum sint et se se commisceant* (1). » È vero che s'intentarono delle procedure, vi furono delle condanne in alcuni casi in cui i colpevoli non erano stati sorpresi in questo intimo congiungimento, né vi era prova di altro che di atti osceni e licenziosi; ma questi atti erano allora risguardati come presunzioni della consumazione del delitto, e gli antichi giureconsulti si avevan data anche la pena di definire la forza probatoria che doveasi attribuire a ciascuno di essi (2). Nondimeno a noi pare, contro l'opinione di qualche autore, che debba tenersi come consumato l'adulterio quando *reperiantur solus et sola, nudus et nuda in eodem lecto*, altrimenti la prova di questo reato diventerebbe impossibile (3).

Altra conseguenza dello stesso principio si è che non possono costituire adulterio né gli atti impudichi, che la donna commettesse in persona propria, né le delittuose laidezze che potessero aver luogo tra persone dello stesso

Sesso. L'adulterio suppone necessariamente un complice ed un complice di sesso diverso.

Il secondo elemento del reato sta nella condizione conjugale dei colpevoli, o almeno di uno tra essi. La illecita corrispondenza non diventa criminosa che a motivo del matrimonio, dappoiché, la persona maritata, dice Fournel, appartiene ad un solo, e ciò è che fa dell'adulterio una specie di furto (4).

Il diritto Canonico distingueva l'adulterio commesso tra una donna maritata ed un nemo libero, da quello che si commettesse tra due persone maritate *uxoratos*, quest'ultimo appellavasi adulterio doppio. Il Codice Penale, uniformandosi in questo punto al Codice Civile, non ha segnata differenza alcuna tra questi due fatti.

Da questa seconda regola ne conseguiva che non vi è delitto quando il commercio illecito siasi praticato o innanzi la celebrazione del matrimonio o dopo che si è disciolto.

Quanto al primo caso, nella nostra antica giurisprudenza eransi elevati dei dubbi; la legge romana ammetteva l'accusa di adulterio contro il fidanzato perchè *neque matrimonium quaecumque nec speciem matrimonij violare permittitur* (5); la stessa sentenza trovavasi nell'antica legge dei Giudici (6).

Questa giurisprudenza ebbe in Francia vigore per lunga stagione rispetto coloro che si eran fidanzati con doni o parole; poichè questa specie di sponsali risguardavasi come vero matrimonio (7); ma dopo il Concilio di Trento e l'ordinanza di Blois questi sponsali non furono così rispettati, e la giurisprudenza non ammise più tra i reati l'adulterio commesso innanzi la celebrazione del matrimonio. Non si potrebbe dare adito ad azione penale né anche quando gli effetti delle precedenti illecite tresche della donna si manifestassero durante il matrimonio, come ad esempio con dei parti che seguissero immediatamente la celebrazione, dappoiché l'illecita corrispondenza essendosi praticata quando la donna era ancora libera, essa non ha potuto rendersi colpevole di adulterio. La stessa Decisione dovrebbe estendersi al caso in

(1) Trattato dell'adulterio, p. 5.

(2) Fournel, p. 166.

(3) Gli Ebrei erano di tanta scrupolosità in questa materia che, giusta l'espressione dei loro dottori, vi era presunzione di adulterio quando una donna s'intratteneva nascosta con un uomo per un tempo sufficiente a poter cuocere e mangiare un uovo.

(4) Fournel, p. 3.

(5) L. 7, Cod. de adult. l. 13, §. 3. Dig. ad leg. Jul. de adult. — Nella legge 11, § 7, pare che Papiniano dia per questo caso una specie di azione particolare.

(6) Deuter. 22 e 23.

(7) Fournel, p. 8.

cui il matrimonio si dichiarasse nullo, a cagion d' esempio, perchè contratto da un uomo già legato da precedenti vincoli conjugali, in questo caso, la donna accusata d' adulterio da suo marito avrebbe dritto di opporgli la nullità del matrimonio per causa della bigamia, ed allora senza dubbio innanzi di pronunziare sulla querela di adulterio, dovrebbero giudicare della eccezione, poichè il delitto va ad essa subordinato.

Lo stesso debbedirsi quando il matrimonio sia stato legalmente disciolto. Così la donna non può esser dichiarata colpevole di adulterio per fatti commessi dopo che il marito sia stato condannato a pena importante morte civile; costui ancorchè ottenga grazia non può avanzar querela poichè la grazia non fa cessare le incapacità incorse e il matrimonio erasi sciolto tosto che la condanna era diventata esecutiva.

Il terzo elemento del delitto è il dolo, cioè, la volontà colpevole: *sine dolo adulterium non committitur* (1). Epperò, ove la donna provasse di non aver ceduto che alla violenza, d'esser stata tratta in inganno, sarebbero questi dei fatti giustificativi da far rigettare la querela; nel processo del capitolo, enumerando i motivi d' inammissibilità che possono opporsi all' azione, metteremo a disamina queste scuse; qui basta rifermare, come principio dominante nella materia, che per esservi reato è mestieri che la volontà della donna sia stata complice del fatto dello stupro; questo fatto però fa presumere la volontà, quindi la violenza o l' inganno che dalla donna si eccipisce per sua scusa debbe essere da lei provato.

Questi sono i tre elementi costitutivi dell' adulterio; il fatto del carnale congiungimento, lo stato conjugale degli agenti o di uno tra essi, e la volontà colpevole. Ciascuno di questi tre elementi è del pari essenzialmente necessario perchè abbia vita il reato; mancandovi un solo non vi sarebbe che un tentativo dalla legge non punito, o un fatto immorale che tutto al più potrebbe costituire un reato di altro genere.

§. II.

Dell' azione penale per adulterio.

L' adulterio può esser commesso o dalla moglie o dal marito. La legge stabilisce per questi due casi regole diverse di procedimento.

Nell' antico dritto Romano il solo marito avea facoltà di accusare la moglie di adulterio. La legge *Julia de adulteriis* dichiarò l' adulterio pubblico misfatto; allora si distinsero tre specie di accuse secondo che erano prodotte dal marito, dalla famiglia o dagli estranei, *jura mariti, parentum et extraneorum* (1). Il dritto di accusa competente agli estranei fu più tardi abolito da Costantino, *extraneos autem procul arceri ab accusatione censemus* (2); i soli mariti e parenti erano ammessi ad avanzare querele. Il nostro antico dritto, procedendo con più rigore, restrinse questo dritto in mano del solo marito: l' adulterio fu considerato come delitto privato, ed al solo marito si serbò il diritto di chiederne vendetta; quindi la massima: *maritus genitalis thori solus vindex*.

Il Codice Penale, senza adottare tutte le conseguenze di questo principio, nel suo articolo 336 (326) statuisce che l' adulterio della moglie non possa esser denunziato che dal solo marito. Il motivo di questa eccezione fatta al dritto romano si è che ove l' azione penale potesse promoversi di ufficio dal P. M. con render pubblico il fatto del adulterio si verrebbero a spezzare e disciogliere quei vincoli che la legge vuol mantenere indissolubili. L' azione pubblica debbe cedere all' interesse della famiglia. Se il delitto non è provato agli occhi dal marito dee riputarsi senza prove agli occhi di tutti; se il marito consente a condonare i trascorsi della moglie, la società non ha più interesse a dichiararla colpevole. Il silenzio del marito equivale a legale prova di non essere stato giammai commesso il reato (1).

Ma da questa regola eccezionale debbesi forse

(1) Farinac, quest. 343. n. 30.

(2) L. 2, §. 8 e 9, Dig. ad leg. Jul. de adulteriis. l. 30, Cod. ad leg. Jul. de adulteriis.

(3) *Probatam enim a marito uxorem et acquiescens matrimonium non debet quis turbare aique inquie-*

tare, L. 26. Dig. ad leg. Jul. de adulteriis.

(3) Vedi su questa massima l' aringa dell' avv. Gilbert, 23 Gen. 1734; Nuov. Denysard, tom. I. p. 263.

dedurre che il delitto di adulterio sia da tenersi come una specie di delitto privato contro il marito, e che i principj del diritto comune non sieno affatto applicabili all'azion penale che costui può intentare? Pare che i compilatori del codice penale abbiano ammesso questo principio allorchè, nella esposizione dei motivi, così si espressero: « Certamente questo delitto offende la santità del matrimonio che la legge debbe proteggere e garantire; ma sotto ogni altro rapporto l'adulterio è meno un reato contro la Società che contro il marito di cui offende la proprietà e l'amore. » Quest'asseriva troppo assoluta potrebbe indurre in errore.

Certamente il marito è quello che più di ogni altro rimane offeso dall'adulterio; ma lo stesso è di tutti gli altri delitti i quali, offendendo più o meno gl'interessi generali della società, feriscono non per tanto in modo speciale gl'interessi privati. La pena comminata dalla legge non è in favor del marito ma in favore della società. L'adulterio fu elevato a delitto non perchè lede il marito nelle sue affezioni e nell'amore, ma perchè è un male morale, la violazione di un dovere; perchè lede dei diritti che sono una delle basi dell'ordine sociale che debbono esser garantite dalla legge; perchè l'immoralità ed il disordine, che esso semina nelle famiglie quando diventa pubblico, richieggono una repressione che è la giusta sanzione della morale pubblica.

Importante, gl'interessi della famiglia, il timore di turbare la pace delle domestiche pareti, la difficoltà delle prove hanno indotto il legislatore a restringere in certi limiti il procedimento contro questo delitto: l'azion pubblica non può esercitarsi senza la denuncia del marito, e perciò la desistenza di lui sospende il corso di quest'azione; da ultimo, ritirando presso di sé la moglie esso arresta gli effetti della condanna. Ma queste disposizioni speciali non toccano che la forma del procedimento e della esecuzione della pena, esse non alterano affatto la natura del delitto la cui pena s'inflette a nome della società e nel suo solo interesse. Non era lo stesso nell'antico dritto; il marito non si limitava a denunciare il reato, egli n'era l'accusatore, egli solo era rivestito dell'azion pubblica nel procedimento contro l'adulterio, egli invocava contro sua moglie le pene cominate dalla legge. Dunque i giureconsulti non ebbero torto in classare questo fatto tra i delitti pri-

vati. Al presente, il marito non ha altra facoltà che di mettere in movimento o di arrestare l'azion pubblica, ma quest'azione non si esercita in suo nome, i suoi diritti sono più estesi di quelli di una parte civile ordinaria ma non può avere altri caratteri che quelli di parte civile; egli può chiedere la separazione personale contro sua moglie, i danni-interessi contro il complice di lei, ma la pena non può essere applicata che sulla requisitoria del pubblico ministero. Da ultimo, la nostra legislazione non riconosce più delitti privati propriamente detti: essa in certi casi sottomette la punizione al consentimento delle parti offese, e ciò per riguardi ed interessi dello stesso offeso; ma anche in questi casi il procedimento penale non si muove nell'interesse di una vendetta privata, il suo esercizio è messo tra le mani dei magistrati acciò abbia i caratteri della imparzialità della legge di cui essi sono gli organi.

Questo principio è stato formalmente proclamato dal sig. Merlin. Pongasi mente, diceva questo magistrato al testo dell' art. 336 Codice Penale (326 II. p.). La legge non dice che il solo marito sia ammesso a *perseguire come parte* l'adulterio della moglie, ma bensì che egli solo sia ammesso a denunciare; e cosa mai intende la legge con ciò? che il principio dell'azione, cui può dar luogo l'adulterio della moglie, risiede esclusivamente in persona del marito e soltanto da lui può avere le mosse il procedimento, ma non già che sia necessario esser da lui esercitata l'azione; che sia sufficiente iniziarsi il procedimento con la querela del marito per poi rientrare nelle attribuzioni del P. M. (1). Il Sig. Mangin ha in tutto adottato questa opinione: per quanto estesi, dice questo magistrato, sieno i diritti che la legge accorda al marito, non bisogna però concludere che egli sia rivestito dall'azion pubblica contro sua moglie e il complice di lei; quest'azione non passa dalle mani del magistrato a quelle del marito. Costui non è che un querelante, senza dubbio querelante privilegiato, perchè senza di lui non può muoversi il procedimento, perchè stà in lui di arrestarne il corso, di frustrare de'suoi effetti la condanna che egli ha provocata, ma fuori di queste eccezioni egli non è che un querelante e l'azion penale va sempre diretta in nome della società (2). Da ultimo,

(1) Quist. di dritto — *Adulterio*, §. 5.

(2) Tratt. dell'azion pubb. N. 140.

la Corte di Cassazione in una causa in cui il marito, dopo aver avanzata querela avea per lo stesso fatto di adulterio dimandata la separazione personale, decise: « che l'azione pubblica per la persecuzione dei reati e l'applicazione della pena appartiene ai soli magistrati cui è confidata dalla legge; che se l'art. 336 del Cod. Pen. (326 II. p.) ha serbato al solo marito il diritto di far querela per l'adulterio di sua moglie, e se per questo reato tale querela deve precedere le investigazioni del l. Ministero, nessuna legge ha dato al marito il carico di quel procedimento che è messo nella attribuzione dei pubblici funzionari cui la legge l'ha confidato; che, prodotta dal marito la querela di adulterio contro sua moglie, il Procurator Generale del R. è in diritto di chiedere la repressione di questo reato innanzi il Tribunale correzionale competente tanto contro la moglie quanto contro il suo drudo; che l'azione del Ministero pubblico non potè esser nè distrutta nè sospesa dalla domanda di separazione personale proposta dal querelante innanzi il Tribunale Civile (1) ».

Da questo principio derivano molte conseguenze.

La prima si è che non sia necessario l'intervento del marito come parte nella causa. La legge si limita ad esiger da lui la querela ma non richiede il suo concorso nel giudizio. Il procedimento rimane nelle attribuzioni dei funzionari cui è confidata l'azione pubblica. La Corte di Cassazione ha formalmente riformata questa massima mettendo nel nulla una Decisione che avea subordinata l'azione del Ministero Pubblico all'azione personale del marito (2).

Altra conseguenza si è che il ricorso prodotto dal marito, allorchè siasi costituito parte civile, ha gli stessi effetti che se fosse prodotto da una parte civile ordinaria, in conseguente questo ricorso non può conservare l'azione pubblica ed impedire che si estingua quando non abbia portato ricorso anche il Ministero Pubblico. La Corte di Cassazione non ha fatto che applicar questa regola decidendo che il ricorso, prodotto dal marito contro una decisione

della Camera di accusa, la quale avea dichiarato non esservi luogo a procedere sulla querela di adulterio, non era ammissibile perchè non vi era ricorso da parte del ministero pubblico. I motivi di questa decisione furono: « che le norme del Codice d'istruzione criminale non ammettono eccezione alcuna sui casi di querela di adulterio, che le restrizioni apportate ai diritti del ministero pubblico, nell'interesse della pace e dell'onore delle famiglie, non danno mica al marito il diritto dell'esercizio dell'azione pubblica; che non gli attribuiscono mica il diritto di dirigere le procedure per delitto di adulterio; che queste procedure restano sempre confidate ai funzionari del Ministero pubblico i quali debbono darle corso secondo le norme che reggono le materie penali (3).

Intanto, la stessa Corte, in una ipotesi perfettamente analoga, in contraddizione di queste dottrine ha deciso che quando il Tribunale correzionale pronunzia l'assoluzione della donna, il Tribunale superiore possa infligger pene all'imputata sul solo appello del marito, ancorchè il Pubblico Ministero non siasi appellato. I motivi di questa decisione sono: « che secondo l'articolo 336 (326) l'adulterio della moglie non può esser denunziato che dal solo marito, che secondo l'articolo 337 (330) è in arbitrio del marito arrestare gli effetti della condanna pronunziata contro la moglie adultera consentendo di ritirarla in sua casa; che secondo l'articolo 308 del Codice Civile (226 II. cc.) i tribunali civili, innanzi i quali il Ministero pubblico non agisce come parte principale, debbono sull'assue semplice requisitoria pronunziare la pena correzionale contro quella donna avverso la quale avessero pronunziata la separazione personale per causa di adulterio; che dall'accordo di queste diverse disposizioni, derogatorie alle regole generali sull'esercizio dell'azione pubblica, debbesi concludere avere il marito il diritto di chiedere riparazione dell'ingiuria fatta alla santità del matrimonio col adulterio; che questo diritto gli spetta in forza della stessa sua autorità maritale; che egli può metterlo in atto in tutti i gradi di giurisdizione e sino alla sentenza definitiva; che siccome la sua appellazione nella linea civile sarebbe sufficiente per facultare il Procurator Generale a richiedere

(1) Decis. Cass. 22 agosto 1816; *Bullettino*, p. 127; *Dalloz*, 1, 365; *Sirey*, 20, 457.

(2) Decis. Cass. 22 agosto 1816 — *Bruss.* 23 Nov. 1821; *Giorn. di Bruxelles*, 1821, 2, p. 39; *Dalloz* 1, 366; *Sirey*, 20, 457.

(3) Decis. Cass. 26 luglio 1828.

re e la Corte Reale a pronunziare la pena dell' adulterio, così lo stesso effetto gli si debbe attribuire innanzi la giurisdizione correzionale, a malgrado della disposizione del artic. 203, n. 2, Cod. d'istruzione Criminale (383 e 384 ll. p. p.) che non può applicarsi a questo caso (1).

Questa decisione deroga in tutto al principio per noi sostenuto. Non occorre al certo ricordare che i privilegi, onde gode il marito, essendo altrettante eccezioni al diritto comune, debbono esser circoscritti nei limiti che la legge ha loro assegnati, e che nessun articolo di legge gli accorda il diritto di appellare da una sentenza correzionale nell'interesse della repressione del delitto, cioè nell'interesse pubblico. Potrebbe forse attribuirgli questo diritto come conseguenza del suo diritto di far querela? Ma il diritto di denunziare e quello di esercitare l'azione per l'applicazione delle pene derivano da due fonti diversi. Il primo è l'applicazione, alquanto estesa, del diritto di far querela; ma qualunque sia l'estensione data a questo diritto non si può senza evidente confusione, giungere fino a convertirlo in diritto di mettere in esercizio la stessa azione pubblica. L'azione per l'applicazione della pena non appartiene che ai funzionari cui fu delegata dalla legge. Ma l'argomento, che pare sia stato di base principale a quella decisione, è quello tratto dall'articolo 308 Codice civile: innanzi i tribunali civili il solo marito appella dalla sentenza di prima istanza, e su questo appello la Corte Reale può pronunziare la pena dell'adulterio. A questo argomento puossi rispondere che gli articoli 298 e 308 Codice civile hanno espressamente dichiarato che sulla *requisitoria del ministero pubblico* la donna, contro cui fu pronunziato divorzio o separazione personale per causa di adulterio, debb'essere condannata alla reclusione in una casa correzionale. In fare questa *requisitoria* il Pubblico Ministero è forse soltanto *parte aggiunta*? È mestieri distinguere l'istanza per la separazione personale

e l'azione per l'applicazione della pena. Quando il Ministero Pubblico chiede l'applicazione di una pena diventa parte principale in ciò che concerne la repressione del delitto. Inoltre, se innanzi la giurisdizione civile l'appello del marito è sufficiente perchè il M. P. sia in facoltà di chiedere l'applicazione della pena innanzi la Corte Reale, non può estendersi tale disposizione alla giurisdizione correzionale. E per fermo, in materia civile il diritto di richiedere l'applicazione della pena viene al Ministero pubblico dalla istanza per la separazione personale; finchè questa dimanda è in corso può questo diritto esercitarsi, e in conseguente poco importa che si eserciti in prima istanza o in appello; l'azione facoltativa del Ministero pubblico è puramente accessoria a questa istanza che si muove nel solo nome del marito; egli non fa che seguirla, sorvegliarla, dare le sue requisitorie per l'interesse della pubblica morale quando il delitto di adulterio risulti provato dal dibattimento in udienza. Innanzi la giurisdizione correzionale il marito denunzia ma non procede, il procedimento viene dal Ministero Pubblico. Questo procedimento ha per oggetto l'applicazione della pena; esso è principale ed indipendente da ogni interesse privato. Esso dunque si estingue allorché il magistrato che n'è il depositario non produce gravami avverso la sentenza che l'ha rigettato. Senza dubbio il marito può produrne appello ma soltanto rispetto i suoi interessi civili; questa istanza civile non può far rivivere il diritto del Ministero Pubblico di chiedere l'applicazione della pena perchè questo è già forchiuso da un giudicato. Per noi dunque sta che la giurisprudenza della Corte di Cassazione intorno questo punto sia contraria alle regole della materia.

Da quanto abbiamo finora discorso ne conseguiva che l'esercizio dell'azione pubblica pel procedimento contro il delitto di adulterio non stà in mano del marito; che questi non ha altro carattere se non di parte civile, quantunque i suoi diritti sieno più privilegiati, ed uno di questi privilegi si è che non possa esservi procedimento contro l'adulterio della moglie se non sulla denunzia del marito.

Conseguenza necessaria di questo primo privilegio si è che il drudo non possa esser tradotto in giudizio se non quando il marito abbia fatto querela contro la moglie; poichè

(1) Decis. Cass. 19 Ottob. 1837; giornale del diritto criminale 1838, p. 29; Decis. Cass. 3 Sett. 1837. — Il Sig. Morin, avv. alla corte di cass. incaricato di sostenere il ricorso nella causa decisa li 19 ott. 1837 ha riportato l'arresto nel giornale del diritto criminale accompagnandolo di osservazioni critiche assai giudiciose.

l'effetto del procedimento sarebbe lo stesso sia che fosse rivolto contro il drudo sia che fosse intentato contro l'adultera, accusar quello indirettamente importerebbe accusar questa.

Ma se il marito nella sua querela non ha indicato che la moglie, può forse il Ministero pubblico perseguir di ufficio il complice di lei? il Sig. Carnot risponde negativamente, sul motivo che se il marito può non far querela affatto tanto più può non dirigerla che contro la moglie (1). Noi non siamo di questo avviso. Certamente il marito può serbar silenzio, e l'interesse di non turbare la pace domestica arresta in questo caso l'azion pubblica; ma quando il marito ha già fatto querela, quest'azione riprende il suo libero corso e non può esser scissa; è sufficiente che il ministero pubblico sia regolarmente investito del procedimento, perchè abbia dovere di comprendere tutti i complici del delitto denunziato. D'altra banda è nello spirito della legge che il drudo siegua la sorte dell'adultera in tutto il corso del procedimento, e quando l'azion penale è messa in esercizio contro di questa non vi è motivo alcuno per risparmiare il complice di lei. Questo avviso è sanzionato dalla Giurisprudenza della Corte di Cassazione (2).

Il marito che ha denunziato l'adulterio della moglie può desistere dalla sua querela, e questa desistenza può aver per effetto di arrestare il procedimento? Tale questione è stata risolta negativamente dal Sig. Favard de Langlad: « Quando l'azione del Ministero Pubblico, dice questo autore, è messa in movimento dalla querela del marito cessa di rimanere inceppata dalla volontà e dall'arbitrio di costui. Quando si avvanza una querela innanzi al magistrato la società debb'essere soddisfatta, e ciò non può ottenersi che con un giudizio definitivo sulla querela di adulterio. Il marito non ha altra facoltà che di perdonare, dopo la sentenza, la sua colpevole moglie (3) ».

Questa dottrina fu attinta dai motivi di una Decisione, per noi sopra citata, la quale dichiara: « che l'azione del ministero pub-

blico non può nè estinguersi nè restar sospesa per la domanda di separazione personale avanzata dal marito innanzi il Trib. Civile; che se la legge dà facoltà alla parte offesa d'intentare l'azion civile che le compete, separatamente dall'azion pubblica, innanzi il Trib. Civile, non le dà però il diritto di arrestare o sospendere l'azion pubblica (4) ». Debbesi primamente notare che il dubbio a risolversi dalla citata Decisione non cadeva mica su questo punto: in quella causa trattavasi soltanto di sapere se una domanda per separazione personale avesse per effetto di forchiudere il corso alla denunzia avanzata in linea penale, epperò la dottrina inutilmente sviluppata nella motivazione non può avere autorità. D'altra banda, questa dottrina è stata di poi messa a novello esame dalla Corte di Cassazione, la quale ha formalmente deciso: « che l'azione del Ministero Pubblico cessa di avere caratteri legali quando nel corso del procedimento il marito ritira la denunzia con una espressa dichiarazione (5) ». Questo principio non può esser messo in controversia. Esso evidentemente deriva se non dal testo almeno dallo spirito della legge. E per fermo, la legge subordinando il procedimento alla denunzia del marito ha voluto che costui possa in ogni stadio del giudizio perdonare alla sua moglie, e che l'esercizio dell'azion pubblica non sia giammai di ostacolo alla conciliazione dei coniugi. Sarebbe assurda cosa proseguire le procedure a malgrado della volontà del marito, mentre per cominciare è necessario il suo consentimento; l'interesse della società è più quello di vedere rapacciati i coniugi che di punire un delitto il quale non lascia alcuna certa e manifesta traccia innanzi il pubblico; interessa ancora al buon costume che un fatto il quale offende la santità del matrimonio non diventi, colla istruzione giudiziaria, uno scandalo pubblico ed abbia dalla sentenza l'impronta di legale certezza. D'altra banda, tale è la potestà domestica del marito che non sola-

(4) Decis. Cass. 22 agosto 1836. Dalloz, 1, 365.

(1) Comm. del Cod. Pen. tom. 2, p. 109.

(2) Decis. Cass. 17 Genn. 1829. Sirey, 18, 205.

(3) Repertorio della nuova legislazione, tom. 3. p. 372, art. Ministero pubblico.

(5) Decisione Cass. 7 agosto 1823. Dalloz, 1, 361; Sirey, 23, 382. Allorchè il marito fa querela di adulterio, quantunque la moglie e l'adultero sien condannati in prima istanza, pure se in grado di appello il marito desista dall'istanza, questa desistenza ha per effetto di estinguere l'azion pubblica anche a riguardo dell'adultero. Liegi Cass. 4 feb. 1825.

mente egli solo ha diritto di querelarsi, ma può anche dopo la condanna sottrarre la moglie alla pena, consentendo di ritirarla in casa; or se il marito può esercitar questo diritto dopo che la moglie è stata condannata, a ragion più forte lo può prima; egli dunque desistendo dalla querela può arrestarne gli effetti. Del rimanente, questa Decisione è uniforme alla nostra antica giurisprudenza: In Francia, dice Fournel, è lecito al marito transiggere con la moglie sul fatto dell' adulterio, e rimetterle la colpa sia prima sia dopo di aver intentata l' accusa, tale transazione partorisce contro il marito e suoi eredi un motivo d' inammissibilità (1). Nello stesso diritto Romano la massima: *de crimine adulterii pacisci non licet* (2) non si applicava che ai patti onerosi; la legge però non si opponeva che il marito usando indulgenza verso i colpevoli rimettesse loro la colpa: *Quod si patiatur uxorem delinquere non ob questum sed negligentiam, vel culpam, vel quamdam patientiam, vel nimiam credulitatem, extra legem positus esse videtur* (3).

La desistenza si ha non solo per un atto espresso ma ancora per fatti di rapacciamento posteriori alla querela. Nel paragrafo seguente ci occuperemo di proposito di questo motivo d' inammissibilità.

Allorchè il marito desista dall' istanza nel corso del procedimento l' adulterio può o non può giovargli, secondo che vi è o pur no cosa giudicata rispetto l' adultera. Così, se ancora non siavi intervenuta sentenza definitiva, il desistere che fa il marito dalla querela giova all' adultero, perchè tale desistenza si risguarda allora come prova legale della innocenza della moglie (4). Tale è anche l' avviso di un arresto della Corte di Cassazione ove si dice che l' adulterio è un delitto in cui i *coaccusati* sono rispettivamente complici l' uno dell' altro; che il rapacciamento del marito con la moglie, arrestando il procedimento, equivale alla prova legale che l' adulterio non sia stato commesso e per necessa-

ria conseguenza che non sia chi possa esser dichiarato colpevole di tal delitto (5).

Allorchè poi questa desistenza ha luogo dopo che un giudicato definitivo abbia condannato la moglie, il diritto di grazia che il marito ha verso costei non può volerlo più a beneficio dell' adultero. L' interesse per la pace delle famiglie ha concesso al marito il diritto di perdonare alla sua moglie, ma questo interesse non milita più anche per l' adultero. Questi dunque rientra allora sotto l' impero del diritto comune.

Quando la donna non siesi gravata di appello avverso la sentenza di condanna emessa contro di lei in prima istanza, ma abbia portato appello il solo adultero, il perdono che il marito accorda alla moglie durante l' appellazione estingue forse il procedimento? La Corte di Cassazione ha risolta la questione negativamente: « Attesochè, dice la Corte, dall' insieme degli articoli 336, 337 e 338 Codice Penale (326, 327, 329 e 330 II. p.) risulta che l' adulterio della moglie non può esser dedotto in giudizio che a dinunzia del marito; che egli può metter fine al procedimento rappacciandosi con la moglie; che può anche, consentendo di ritirarla in casa, arrestare gli effetti della condanna che fosse intervenuta; che queste sono delle eccezioni alle regole generali le quali garantiscono il libero esercizio dell' azione pubblica e la rigorosa esecuzione dei giudicati; che al pari di tutte le eccezioni debbe anche questa essere contenuta nei limiti in cui fu circoscritta dalle leggi; che sia sufficiente avere il marito dinunziato l' adulterio di sua moglie perchè il ministero pubblico abbia il diritto di *perseguire* l' adultero quantunque non sia stato indicato nella querela; che se per la domestica potestà, onde è rivestito il marito, egli può arrestare gli effetti della condanna pronunziata contro sua moglie, questa facoltà non gli compete rispetto l' adultero; che se interessa al buon costume non darsi all' adulterio una certezza legale col giudicato; se la desistenza del marito dal proseguimento delle procedure debbi essere accolta come prova legale della innocenza della moglie; se per conseguente questa desistenza debbe giovare all' adultero, queste considerazioni non militano più quando la desistenza ha luogo dopo che un giudicato definitivo ha condannato

(1) Tratt. dell' adulterio, p. 74.

(2) L. 18, Cod. de transact; L. de crimin., C. ad leg. Iul. de adulteriis.

(3) Leg. 29 Dig. ad leg. Iul. de adulteriis.

(4) Liegi, Cass. 4 feb. 1825; raccolta di Liegi, t. 8, p. 231; Giornale del 19 sec., 3, p. 133; Bruss. 24 Gennaio 1838. Giorn. di Bruxelles, 1838 p. 232; Legraverend, t. 1, p. 45; Dalloz, t. 1, p. 367.

(5) Decis. Cass. 17 agosto 1827. Sirey, 28, 24.

nato la moglie ed ha proclamato che essa si era resa colpevole di adulterio; che in questo caso il marito non può più, perdonando la moglie, arrestare il procedimento nell'interesse del adultero, come non può arrestare gli effetti della condanna pronunziata contro di lui (1). »

A noi pare che questa Decisione difficilmente possa mettersi in accordo coi principi che costituiscono la teorica di questa materia. Certamente il marito ha minor interesse di arrestare il procedimento contro l'adultero, quando vi sia già un giudicato sul fatto dell'adulterio della moglie: ma se la verità della cosa giudicata è una finzione della legge l'è segnatamente quando il giudicato interviene in contumacia, o finisce col primo grado di giurisdizione, togliendo i caratteri di giudicato definitivo per la sola acquiescenza della parte condannata. Debbesi forse questa acquiescenza tenere necessariamente per una confessione? forse non può aver avuto per causa la speranza di un rapacciamento? Questa prima sentenza, che un tribunale superiore avrebbe potuto metter nel nulla, non debbe forse essere risguardata come un fallace indice della verità. Allorché dunque i coniugi rapacciati tornano a convivere insieme, allorché il fatto dell'adulterio non è saggellato da una completa certezza legale, come amettere che si possa schiudere il varco a novella istanza per provare questo stesso fatto, che sien di nuovo ventilate in pubblico dibattimento le stesse prove? L'adultera cui il marito fu largo di compatimento andrà forse a far da testimone in favore del suo drudo? Certamente non poté esser questo il pensiero del Legislatore. Finché l'adultero non sia stato definitivamente condannato, la desistenza o il perdono del marito verso la moglie deve metter fine al procedimento, poichè l'interesse sociale che esige queste procedure è da meno dell'interesse di famiglia che ne chiede il termine; poichè in sostanza la posizione del marito è la stessa sia quando la desistenza viene dopo l'appello interposto dalla sola moglie, sia quando costei, paga del perdono del marito, siesi acquietata alla sentenza di prima istanza (2).

Del rimanente è chiaro che svanirebbe ogni difficoltà se la desistenza intervenisse durante i termini conceduti per produrre appello ed innanzi che la sentenza acquistasse forza di cosa giudicata nell'interesse dell'uno o del altro degli imputati; tale desistenza non v'ha dubbio gioverebbe ad entrambi (3).

Si estingue forse il procedimento per la morte del marito? Il sig. Carnot risponde in questi termini: « Se è vero che l'adulterio sia un delitto onde è offeso meno la società che il marito, ne conseguita che le procedure incominciate debbono arrestarsi alla morte del marito. Per interesse del buon costume debbesi supporre che se il marito avesse vissuto avrebbe trattato una querela prodotta con troppa sconsideratezza. Forse gli eredi del marito potrebbero avere interesse a far condannare la moglie di lui come adultera, acciò per la condanna fosse privata dei lucri nuziali, ma questo interesse non può esser messo a paro col disonore che rifletterebbe sulla tomba del marito; e d'altra banda, trovandosi morto il marito, la moglie sarebbe privata del beneficio eventuale dell'art. 337 (330) (4). » Noi non ci occuperemo a disaminare se l'adulterio della moglie basti a privarla dei lucri nuziali, e se, nell'affermativa, gli eredi abbian dritto di proseguire il corso dell'istanza avanzata dal marito. Il principio generale si è che trovandosi il delitto regolarmente denunziato il procedimento dee avere il suo corso. È vero che se il marito fosse vissuto avrebbe potuto desistere dal procedimento, che la sua morte priva la moglie della speranza di tale desistenza; ma può esser mai questo un motivo sufficiente ad arrestare le procedure contro un delitto che trovasi già sotto le mani della giustizia e che, come già abbiamo notato, interessa la società non meno che il marito? La stessa obbiezione si potrebbe fare se il marito morisse dopo pronunziata una condanna; anche in questo caso la moglie sarebbe priva della speranza di aver rimessa la pena e pure non si potrebbe

(1) Decis. Cass. 17 Giugno 1829.

(2) Il Sig. Morin (nel giornale del diritto criminale, 1839, p. 4, nota 1.) riportando una decisione dei 9 febb. 1830, della quale parleremo

nel §. 3, trova contraddizione tra la giurisprudenza del 1829 e quella del 1839: noi siamo di contrario avviso. Nell'ultima decisione la Corte di Cassazione la giudicato su di una questione tutta diversa da quella che si presentava nel 1829.

(3) Vedi in questo senso, Decisione di Parigi, 12 Giugno 1830. Sirey 30, 243.

(4) Comm. al Cod. Pen. tom. 2, p. 106.

al certo sostenere che questa morte avesse per effetto di schiudere alla moglie le porte delle carceri. Da ultimo, la condanna vendica non macchia la memoria del marito, il diritto di grazia, introdotto per interesse del matrimonio, rimane senza causa quando il matrimonio è disciolto. Allorché dunque il marito persiste nella querela fino alla morte questa non deve esser di ostacolo né alla continuazione della procedura né alla espiazione della pena (1).

Sin qui abbiamo parlato dell'adulterio della moglie. Il procedimento contro l'adulterio del marito ha delle regole speciali.

La legge Romana non permetteva alle mogli di accusare di adulterio i loro mariti (2). Anche nel nostro antico diritto era principio generalmente ricevuto che la moglie non poteva accusar di adulterio il marito (3). « La donna, dice Jousse, non può in verun caso intentare azione di adulterio contro suo marito, quando anche mantenesse in propria casa una concubina; le leggi civili rimettono a Dio la vendetta di questa colpa (4) ». La precipua ragione che ne danno i giureconsulti si è che l'incontinenza del marito ordinariamente si sfoga fuori di casa; che essa non ha, come l'adulterio della moglie, l'inconvenienza d'introdurre degli estranei in mezzo ai figli legittimi; che altrimenti si aprirebbe alle mogli il campo di mille scandalosi reclami (5). Noi abbiamo già confutata la forza di questi motivi. Damudero cita molte legislazioni dalle quali l'adulterio risguardavasi come *gravius in maribus quam in faeminis* (6). La legislazione dunque potrebbe esser messa in accordo con la sana morale che deve marchiar d'infamia l'adulterio in qualunque classe ed in qualunque sesso lo trova.

L'articolo 339 del Codice Penale (328 II. p.) limita questa repressione al solo caso che il marito abbia mantenuta una concubina nella casa conjugale, e sia stato convinto ad istanza della moglie. « Dopo di aver data

una garanzia al marito, dice il relatore del corpo legislativo, era giusto offrire all'abbandonata moglie se non una consolante reciprocità, non consentita né dalla natura delle cose né dalla diversità dei risultamenti dell'adulterio nei due sessi, almeno un mezzo con cui la moglie potesse allontanare dalla sua vista la presenza ed i trionfi delle rivali. Il marito che dopo aver dimenticati i sentimenti che doveva nutrire verso la moglie, sconosce i riguardi dovuti a segno da mantenere in propria casa una concubina, sarà punito con un'ammenda da 100 a 200 franchi e gli sarà interdetto ogni azione per adulterio contro la moglie; e con qual diritto egli spergiuro potrebbe invocare la santità del giuramento?

Così, l'adulterio del marito diventa delitto nel solo caso che egli mantenga una concubina nella casa conjugale; ma anche in questo caso non può darsi adito a procedimento contro il marito che a sola istanza della moglie, tanto detta la perfetta analogia col caso dell'adulterio della moglie; in questo solo caso si è derogato alla disposizioni troppo indulgenti del nostro antico diritto.

La moglie dopo aver prodotta querela può mai arrestarne gli effetti ritrattandola? Il legislatore non ha dato alla moglie il diritto di grazia conceduto al marito. Questa facoltà eccezionale non può essere estesa, la moglie dunque non può utilmente perdonare. Nel seguente paragrafo vedremo quali motivi d'inammissibilità può il marito opporre alla querela della moglie.

§. III.

Motivi d' inammissibilità della querela per adulterio.

La moglie imputata di adulterio può opporre alla querela del marito svariati motivi d'inammissibilità. Per non moltiplicare divisioni raggrupperemo in questo paragrafo i fatti giustificativi che cancellano il delitto, le eccezioni che impediscono l'esercizio dell'azione penale; da ultimo i fatti di scusa che possono attenuare la gravità del reato.

La violenza e l'errore sono due fatti giustificativi dell'adulterio. Quando la donna sia stata vittima d'uno stupro violento è chiaro che non vi è delitto di adulterio, poichè manca al reato l'elemento della volontà; il cuore,

(1) Tale è anche la Sentenza della legge 11, § 8, Dig. ad leg. Iul. de adulteriis: *defuncto marito, adulterii rea mulier postulat.*

(2) L. 1, Cod. ad leg. Iul. de adulteriis.

(3) Fournel. p. 13.

(4) *Ibid.* t. 3, p. 240.

(5) *Ibid.* p. 14.

(6) Csp. 89, n. 109.

per dirla con Fournel, non fu complice della macchia del corpo (1). Tale era anche la sentenza del diritto Romano. *Quae vim patitur non est in ea causa ut adulterii vel stupri damnetur* (2). Tutti gli autori han ripetuto questa sentenza come massima incontestata (3).

È però mestieri che lo stupro sia provato, che la violenza sia stata vera, che se ne diano le prove. I fatti precedenti e concomitanti il delitto sono quelli che debbono attestare il suo carattere: « La moglie, dice Fournel, ha con le sue grida e coi suoi pianti propalato l'oltraggio patito? si vede che essa abbia esaurite tutte le risorse che le offriva quella trista congiuntura? le era chiusa ogni via alla fuga? porta sulla sua persona le tracce della brutalità del suo aggressore? ha lasciato in lui qualche traccia della sua resistenza (4)? Questi sono di quegli indizj che possono dar lume alla giustizia. La violenza morale non sarebbe una scusa sufficiente a meno che la donna non si trovasse nella trista alternativa di cedere alle voglie del rapitore o soggiacere a certa morte. Ma se non era più che imperiosa la necessità cui ha ceduto, il suo consentimento non è che un atto di complicità costitutivo del delitto.

L'errore è altro motivo di giustificazione. Tale sarebbe, come abbiamo dianzi detto, il caso in cui un individuo, durante il sonno di una donna, si fosse insidiosamente accovacciato nella parte del letto allora allora abbandonata dal marito di lei (5). Se la donna fosse stata ingannata dalla tenebre, se evidente fosse l'inganno patito non potrebbe essere imputata di adulterio (6), purché però questo errore non fosse troppo grossolano e pari al dolo (7).

I motivi d'inammissibilità della querela possono anche trovarsi nella prescrizione dell'azione, nella nullità del matrimonio, in taluni fatti personali del marito.

In diritto Romano l'accusa per delitto di adulterio si prescriveva con cinque anni:

adulter post quinquennium quam commissum adulterium dicitur, quod continuum numeratur, accusari non potest, easque praescriptiones legibus reo datas anferri oportet (8).

La stessa prescrizione correva sotto l'impero dell'antico diritto, eccettuati alcuni casi nei quali i termini si prolungavano sino a 20 anni, come nell'incesto o assenza del marito. Di presente, la prescrizione in tutti i casi si compie dopo tre anni dall'atto dell'adulterio, poichè le disposizioni degli articoli 637 e 638 Codice d'Istruzione criminale (615 §. 2. ll. p. p.) sono generali e si applicano a tutti i delitti correzionali.

Il conjugato imputato può opporre in sua difesa la nullità del matrimonio; dappoichè, come abbiamo dianzi veduto, il matrimonio è uno degli elementi essenziali del delitto di adulterio. Il commercio illecito cessa di essere punibile quando non è la violazione della fede conjugale. Se dunque le moglie accusata oppone la nullità del matrimonio, il marito innanzi ad ogni procedura debbe provarne la validità *tunc maritum oportet probare ut ei sit uxor* (9). Il giudizio sulla querela è subordinato a questa condizione pregiudiziale che debb'esser necessariamente disaminata.

I fatti personali al marito che possono sospendere il suo diritto di far querela sono: il proprio adulterio nei casi preveduti dalla legge (a), il suo rapacciamento con la moglie, da ultimo la sua connivenza al delitto di costei.

L'adulterio del marito quando abbia mantenuta una concubina nella casa conjugale lo rende inammissibile a querelarsi del delitto della moglie, articolo 336 e 339 Cod. Pen. (disposizione soppressa nel corrispondente articolo 326 ll. p.).

Il germe di tale disposizione trovasi nell'antico diritto. La legge Romana voleva che la querela del marito fosse rigettata se egli stesso si fosse renduto colpevole d'incontinenza e di sregolamenti: *Iudex adulterii ante oculos habere debet, et inquirere an maritus pudice viveret, mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit; per iniquum enim videtur*

(1) Trattato dell'adult. p. 82.

(2) L. 13, § 7, Dig. ad leg. Jul. de adult.

(3) Farinaccio, quest. 141, n. 15; Giul. Claro, §. adult. in suppl. n. 13 e 96, Menochio, de arbit. quest. caso 354, n. 2; Damudero, p. 270, n. 41.

(4) Tratt. dell'adult. p. 84.

(5) Decis. Besanson, 13 ottob.

(6) Farinaccio quest. 141, n. 36.

(7) Giulio Claro, in suppl. §. adulter., n. 100.

(8) Leg. 5. Cod. ad leg. Jul. de adulteris.

(9) Giulio Claro luogo citato.

(a) Le leggi delle due sicilie non ammettono questo fatto del marito come motivo d'inammissibilità della sua querela contro l'adulterio della moglie.

esse ut pudicitiam vir uxore exigat quam ipse non exhibeat (1).

La legge 39 del Cod. *de soluto matrimonio* della stessa eccezione in termini anche più energici: *Id ita debet accipi ut ea lege quam ambo contempserunt neuter vindicetur, paria enim delicta mutua compensatione assolvuntur*. Questa regola era costantemente applicata dall'antica giurisprudenza. Quando il marito, che vuole accusare di adulterio la moglie, dice lousse, sia egli stesso colpevole di tal reato, la moglie può arrestare il procedimento con l'azion di recrimina contro il marito e con accusarlo dello stesso reato; questa recrimina è di diritto (2). »

Non è già come diceva il diritto Romano che i due delitti si compensano fra loro; un delitto non può cancellare un altro; ma l'adulterio del marito lo rende indegno di querelarsi di quello della moglie. Come essere ammesso a far querela di un delitto di cui si fosse macchiato esso stesso? Come poter egli invocare la santità del matrimonio per lui stesso violata, la fede conjugale da lui stesso tradita? La legge lo dichiara decaduto dal diritto di agire; non già che sia scusato l'adulterio della moglie ma il marito si è reso indegno di domandarne la punizione.

Non di meno il Codice Penale ha circoscritta questa eccezione in stretti limiti. L'adulterio del marito non può aver pena, quindi non può essere opposto dalla moglie come eccezione *se non quando abbia mantenuto una concubina nella casa conjugale*.

Queste parole dell'articolo 339 (328) richieggono qualche sviluppo.

Noi abbiamo precedentemente definito ciò che debbasi intendere *per casa conjugale*, questa è il domicilio del marito (3). La querela della moglie sarebbe dunque ammissibile quando anche non abitassero attualmente quella casa. La legge volle proteggere l'onore del letto nuziale, e questo onore è offeso ancorchè la moglie non si trovi attualmente nella casa in cui è ammessa la con-

cubina (4). Altra però dovrebbe essere la sentenza se ci fosse stata separazione di corpo; non vi ha più domicilio conjugale nel senso dell'articolo 339 (328) tostochè per la sentenza della separazione personale non vi è più abitazione comune (5).

Cosa debbasi mai intendere con le parole: *mantenere una concubina nella casa conjugale*? vi sarebbe mai adulterio da parte del marito che, nella casa conjugale, si desse ad illecita corrispondenza non già con donne estranee ma con persone della stessa famiglia come ad esempio sua nuora, sua cognata, sua sorella?

Da prima è chiaro che vi sarebbe adulterio, dappoichè l'adulterio è la violazione della fede conjugale, e questa è non men violata dal commercio che un marito ha con la sorella, con la cognata o con la figlia di quel che lo sarebbe da illecita corrispondenza con estranea. Non solamente vi è il reato ma vi è rivelato da una gravezza morale più intensa: *Si quis alii nuptiam cognatam cum qua nuptias contrahere non potest corruperit . . . duplex crimen est incestum ... et adulterium* (6).

Ma le espressioni dell'articolo 339 (328) suppongono forse necessariamente che per esservi delitto di adulterio da parte del marito sia d'uopo introdurre una donna estranea nella casa conjugale? L'aver illecita corrispondenza con una donna di questa casa è forse lo stesso che mantenervi una concubina? « Se vuolsi, dice Merlin, cogliere il vero significato delle parole dell'articolo 339 Codice Penale (328 II. p.) e quello delle espressioni adoperate dall'articolo 230 Codice Civile (218 II. cc.) uopo è rimontare alla loro comune sorgente; uopo è ricorrere al capitolo 9 della Novella 117 e si vedrà che il Legislatore si è ivi espresso in termini che si applicano a qualunque donna viva in concubinato con un uomo ammogliato, nella casa conjugale, qualunque sia la causa che abbia ivi introdotta quella donna e per la quale vi s'intrattenga *si quis in ea domo in qua cum sua conjuge commanet, contemnens eam cum alia invenietur in ea domo manens*. Ec-

(1) L. 13, Cod. de adult. leg. 2 e 13, §. 15, Dig. ad leg. Jul. de adulteriis.

(2) Tom. 3, p. 226; Coquille, Inst. del diritto francese. quist. 147; Farinacio, quist. 142, n. 39 e 42; Damudero, p. 270, n. 40.

(3) Cass. civ. 6 maggio 1821 (Dalloz, 35, 13); 14 ottob. 1830 (Dalloz 35, 38; Sirey, 19, 163).

(4) 27 gen. 1819; cass. civ. Bruss. 3 dicemb. 1830; giura. di Bruss. 1830; 2, 159; Dalloz, 1, p. 366.

(5) Decis. Cass. 27 aprile 1838; *contra*, Lyon 15 giugno 1837; Sirey, 18, 538.

(6) Leg. 5, Dig. de quaestionibus; L. 14, § 2 e 19, § 1 Dig. ad leg. Jul. de adulteriis.

co il tipo della nostra novella legislazione. non sonovi ivi nè distinzioni, nè eccezioni, nè equivoci (1)». Lo stesso autore nota che il motivo onde fu dettato l'articolo 339 (328) non è di punire il marito del torto che fa alla moglie, prodigando le sue cure ad un' estranea, ma di punirlo dell' oltraggio che le fa, scegliendo la casa conjugale per sede delle sue libidini; di vendicare l'ingiuria che la moglie soffre per la presenza della donna colpevole: *aut ita luxuriose viventem ut insipiente uxor cum aliis corrumpatur, quod maxime mulieres nuptas, ut pote circa cubile stimulas, exasperat et praecipue castas* (2). Or questo motivo vige forse meno quando il marito goda gratuitamente una concubina nella casa conjugale, che quando la mantenga a sue spese? Non debbesi dunque dare alle parole dell'articolo 339 (338) una importanza che non hanno; la legge ha indicato un caso che si presenta più d'ordinario: la introduzione di una concubina estranea nella casa comune; ma il fatto che la legge ha voluto punire si è la lasciva pratica che il marito tiene in questa casa con donna diversa dalla propria moglie, sia qualunque la condizione di questa donna.

Inoltre non basta che la moglie accusata imputi al marito fatti di adulterio comunque fossero precisi. La eccezione d'inammissibilità non può poggiare che su di un giudicato il quale dichiara il marito colpevole di aver manteuuta una concubina nella casa conjugale (3). È questa la conseguenza del testo del Codice: l'articolo 336 toglie al marito il diritto di far querela contro l'adulterio della moglie nei casi preveduti dall'articolo 339 e questo ultimo prevede il caso che il marito sia stato convinto di adulterio a querela della moglie, or questo convincimento non può nascere che da un giudicato. In tale senso eran queste parole spiegate dalla esposizione dei motivi: il marito, diceva l'oratore del governo, sarebbe privato di quest'azione se egli stesso fosse stato condannato per adulterio (4).

(1) Rep. art. adulter §. 8 bis.

(2) Nov. 22, cap. 15, §. 1.

(3) La querela fatta dalla moglie contro l'infedeltà del marito non sospende il diritto che ha il marito di denunziar la moglie come adultera, se non quando sia stato egli convinto di aver manteuuta una concubina nella casa conjugale. Giorn. di Bruss. 1821, 2, p. 59.

(4) Ved. sopra Decis. L'one, 15 Genn. 1837.

È forse necessario che questa condanna non abbia preceduta la dinunzia avanzata contro la moglie? La risposta debbe essere negativa. Ed in vero, la moglie può avere interesse a non far querela se non quando vede se stessa bersaglio di un procedimento correzionale, nè la legge pronunzia contro di lei alcuna decadenza dal suo diritto. In questo caso essa procede non per via di eccezione ma di recrimina; essa fa querela, e questa querela costituisce una questione pregiudiziale su cui debbesi deliberare innanzi al giudizio da pronunziarsi sulla dinunzia del marito.

Nondimeno, la moglie non sarebbe ammissa a far querela innanzi al giudice correzionale dell'adulterio commesso nella casa conjugale, se avesse già portato questo carico innanzi il tribunale civile per ottenere la separazione personale, e la sua dimanda fosse stata ivi rigettata, dappoichè vi sarebbe allora cosa giudicata intorno a ciò (5). Tutt'altro sarebbe se i fatti allegati fossero posteriori al giudizio civile.

Un secondo motivo d'inammissibilità, dedotto dal fatto personale al marito, è il suo *rappacificamento colla moglie*.

Quest'orappacificamento intervenuto sia prima sia dopo la querela estingue l'azione per adulterio.

Questa regola scritta rispetto al divorzio nell'articolo 272 Codice Civile (223 II. cc.) è attinta dallo spirito della legge che sempre promuove il perdono del marito su i falli della moglie. La Corte di Cassazione ha adottato questo principio dichiarando: « che il perdono del marito o la sua riconciliazione con la moglie debbono sempre accogliersi come legale prova di non essersi commesso l'adulterio, come motivo d'inammissibilità contro ogni procedimento; che similmente il Codice Civile, elevando l'adulterio a causa di divorzio, e pronunziando contro la moglie una pena, dopo ammesso il divorzio per quella causa, avea prescritto nel suo art. 272 che l'azion per divorzio si estinguerrebbe per la riconciliazione dei coniugi avvenuta sia dopo i fatti che potrebbero dar luogo alla dimanda del divorzio, sia dopo che questa dimanda fosse stata ammessa; che debbesi credere aver l'articolo 336 Codice Penale (326 II. p.) ammesso nella generalità della sua compila-

(5) Decis. Cass. 30 Marzo 1832.

zione un principio che non ha espressamente escluso; che sia da credere essersi il Codice Penale riportato a quelle regole del Codice Civile cui si uniformava in fissare la pena dovuta alla moglie convinta di adulterio; che da ciò ne conseguita non solo che il Ministero Pubblico non possa perseguire di ufficio il fatto di adulterio, ma ancora che non possano aver corso legale queste procedure se non se a denunzia del marito contro cui non ci sia motivo d' inammissibilità per riconciliazione colla moglie, avvenuta dopo che gli erano noti i fatti dinunziati; che inoltre l' azione del Ministero Pubblico cessa di avere carattere legale quando nel corso del procedimento il marito ritratti la denunzia con espressa dichiarazione, o distrugga i suoi effetti con un perdono o una riconciliazione risultante da circostanze la cui valutazione spetta ai tribunali (1) ».

La stessa regola vigeva nell' antico diritto. Nella legislazione Romana era sufficiente che il marito non avesse ripudiato la moglie adultera per non essere più ammesso a procedere in giudizio, supponendosi di averla perdonata: *Crimen adulterii maritum, retenta in matrimonium uxore, inferre non posse nemini dubium est* (2).

Lousse attesta che questa legge era applicata in Francia: L' azione che il marito ha contro sua moglie per causa di adulterio da lei commesso si estingue anche per la riconciliazione del marito colla moglie, secondo la legge 2. Cod. *ad leg. Iul. de adulteriis* vigente in Francia, e dopo questa riconciliazione egli non può più accusarla per gli stessi fatti condannati colla riconciliazione (3).

La riconciliazione non potrebbe avere questo effetto se poggiasse su di un errore, ad esempio, se il marito ignorasse allora i fatti dedotti nella querela, dappoiché non si possono condonare de' torti ignorati. Il perdono accordato per un fatto di adulterio non potrebbe dunque impedire il marito ad accusar la moglie di altri fatti avvenuti dopo la riconciliazione.

La riconciliazione è espressa o tacita; la valutazione dei fatti onde vuolsi essa desumere è abbandonata al criterio dei giudici. È espres-

sa quando vien provata da carte o lettere missive; è tacita quando si desume da alcuni fatti come dalla coabitazione dei coniugi, dalle carezze prodigate dal marito alla moglie dopo scoperto il fallo di costei. In questo senso Giulio Claro diceva: *Caveat maritus ne sciens uxorem esse adulteram, se cum ea carnaliter commisceat, nam ex eo videtur illi adulterium remississe* (4).

Nondimeno al presente, per presumersi una riconciliazione, non basterebbe, come per diritto Romano, che il marito, dopo scoperto l' adulterio, continuasse a convivere con la moglie. Di fatti, ai termini dell' articolo 314 Codice civile (203 ll. cc.) il marito è obbligato di tenere presso di sé la moglie ancorché adultera, mentre non può essere espulsa dalla casa conjugale che con l' autorizzazione del giudice (5).

Il solo fatto di non avere il marito prodotto querela non sarebbe sufficiente a far presumere una riconciliazione se non siesi compita la prescrizione triennale: *Destitisse cum accipimus qui in totum animum agendi deposuit non qui distulit accusationem* (6).

Non pertanto il Sig. Toullier opina che se il marito oltraggiato abbia serbato silenzio per un anno i tribunali debbono dichiarare non ammissibile la domanda per separazione personale, a causa della riconciliazione o tacita remissione dell' ingiuria; non può dirsi, soggiunge questo autore, che la vita sia diventata insopportabile al conjugato oltraggiato allorché, dopo cessato l' oltraggio, abbia egli continuato a convivere con l' altro conjugato e serbar silenzio sul passato (7). Questo principio troppo assoluto, anche rispetto la separazione personale, non può applicarsi al procedimento penale per delitto di adulterio; ai termini degli articoli 637 e 638 Codice d' istruzione criminale (615 ll. p. p.) il procedimento penale non può estinguersi che col decorso di tre anni, tempo necessario per la prescrizione dei reati correzionali (due anni per le leg. pen. delle Due Sicilie). Il marito dunque conserva, per tre anni sussecativi al fatto di adulterio, il diritto di far querela, e non può dichiararsi decaduto da questo diritto

(1) Decis. Cass. 7 agosto 183a. Dalloz, 1, 167, Sirey, 21, 182.

(2) L. 11, Cod. *ad leg. Iul. de adulter.*

(3) Tom. 1. §. 73.

(4) In suppl. § *adulterium*.

(5) Decis. Cass. 4 aprile 1808; Sirey, 8, 1,

217.

(6) Leg. 13 Dig. *ad Senat. Turpilien.*

(7) Dritto Civ. tom. 2, n. 762.

se non si provino fatti certi di riconciliazione con la moglie; il silenzio da lui serbato in questo periodo di tempo non può far presumere in lui alcuna acquiescenza; egli può riserbarsi di far querela l'ultimo giorno del termine.

L'eccezione che desumesi dalla riconciliazione dei coniugi può essere opposta anche dal complice. Questa massima era rifermata nel nostro antico diritto: « La riconciliazione del marito con la moglie, dice Muysart de Vonglans, forchiude al marito anche il diritto di volgersi all'adulterio per farlo condannare ai danni interessi (1). » La Corte di Cassazione non ha fatto che seguire questa giurisprudenza dichiarando: « che in fatto di adulterio l'eccezione di riconciliazione competeva egualmente alla moglie e al complice di lei, per ciò che questa eccezione costituisce un perentorio motivo d'inammissibilità contro la querela del marito senza la quale non può mettersi in corso l'azione pubblica; che perciò ciascuno di essi può valersene nell'interesse di sua difesa; che il silenzio della donna o la sua acquiescenza alla condanna riportata in prima istanza non può privare di questo diritto il complice di lei; che la Corte Reale avendo sull'appello dell'adulterio ritenuto in fatto d'esservi stata fra i coniugi una riconciliazione, avea fatta legale applicazione degli articoli 336 e 337 Codice Penale (329 II. p.) e dell'articolo 273 Codice Civile (2). » Questa Decisione poggia nel vero spirito della legge: la riconciliazione getta un velo sul fatto di adulterio; stabilisce la presunzione legale che questo adulterio non abbia mai esistito, garantisce dunque tanto la moglie quanto il di lei complice; d'altra banda, sarebbe una stranezza studiarsi a provare l'adulterio allorché il marito abbia voluto distruggerne le prove.

Debbesi forse riguardare come terzo motivo d'inammissibilità, risultante dai fatti personali del marito, la sua connivenza al libertinaggio e alle libidini della moglie? Questa eccezione era ammessa nell'antico diritto che poggiava su la indegnità del marito: *cur enim improbet maritus mores quas ipse aut ante corrupit, aut postea probavit* (3)? La connivenza del marito costituiva in pari tempo un delitto: *Qui questum ex*

adulterio uxoris suae fecerit, plectitur, nec enim medicoriter delinquit qui lenocinium in uxore exercuit (4). Il nostro antico diritto avea adottate queste due sentenze; però è da sapersi che la connivenza del marito dava diritto al pubblico Ministero d'intentar di ufficio l'azione penale: « Perciocché allora, dice lousse, lo scandalo ed il decoro pubblico richieggono che il Ministero Pubblico interponga la sua autorità per punire tanto la moglie quanto il marito che favorisce i trascorsi di lei (5).

Gli autori che scrissero su questa materia hanno continuato a proclamare questa massima (6), noi però crediamo di non poterla seguire. Primamente la connivenza del marito non più costituisce reato nel nostro diritto; in secondo luogo non possiamo ammettere che la donna, opponendo questa connivenza come motivo d'inammissibilità, possa andar totalmente impunita. Si legge nel processo verbale del Consiglio di Stato che il progetto del Codice Penale conteneva le seguenti disposizioni: L'adulterio della moglie può esser denunziato dal marito *in caso che non vi sia stata connivenza*. Il marito gridato dalla pubblica notorietà come connivente all'adulterio della moglie, la moglie adultera, il drudo o i drudi di lei, saranno condannati ciascuno ad un'ammenda non minore di 400 franchi né maggiore di 10,000; in questo caso i colpevoli potranno esser perseguitati anche di ufficio dal Proc. Generale. « Queste disposizioni riproducevano in tutto il loro tenore le massime dell'antico diritto, ma furono vivamente combattute nel Consiglio di Stato.

Si è opposto che vi sieno gravi inconvenienze in punire la connivenza del marito; che le indagini di tale vergognosa complicità darebbero luogo a scandalose discussioni; che sarebbe travolto in questo danno anche quel marito il quale per non far palese l'onta della famiglia abbia serbato un tormentoso silenzio e divorato in segreto la bile del suo dolore; che era meglio non farsi mai indagini

(4) L. 29. §. 2, Dig. ad leg. Jul. de adulteriis; leg. 28, Cod. eod. tit.

(5) lousse, tom. 1, p. 261; Muysart de Vonglans, p. 222.

(6) Merlin; Rep. Ved. Adult, 89. Mangin, Tratt. dell'azione pubbl. N. 123.

(1) Tomo 1, p. 201; lousse t. 3, p. 244.

(2) Decis. Cass. 9 feb. 1839.

(3) Leg. 46, Dip. da solo matrimonio.

di questa connivenza (1). Per tali motivi le disposizioni del progetto furono rigettate. Il legislatore ha temuto gli scandali che verrebbero dalle indagini della connivenza, volle perciò che non mai si desse luogo a queste indagini; cosa debbesi da ciò concludere? Che tale connivenza non può essere allegata nè come costitutiva di delitto nè come eccezione; dappoichè in entrambi i casi le conseguenze sarebbero le stesse. D'altra banda se il legislatore, non riconoscendo questa connivenza per delitto, l'avesse voluto almeno riguardare come motivo d'inammissibilità della querela, avrebbe concesso al Ministero Pubblico la facoltà d'intentare ex officio l'azione penale contro l'adulterio della moglie; dappoichè, come mai dirsi sensibile la moglie se perchè il marito ha pazientemente tollerati i di lei trascorsi? Non è essa forse doppiamente vile, e perchè manca ai suoi doveri e perchè rende il marito complice in certo modo del proprio fallo? Se la legge non ha in questo caso concesso libero corso all'azione pubblica fu perchè non volle sottrarla all'arbitrio del marito. Si dice che quest'ultimo siasi renduto indegno di far querela; ma in primo luogo non è forse possibile che il silenzio del marito derivi da debolezza? Secondamente, forse non si troverà strano che questo silenzio gli si possa opporre allorchè il marito si fa a dimandare danni-interessi, ma le pene non sono pronunziate in suo pro, esse si comminano per un interesse generale, la sola società ne trae profitto.

Giova non pertanto osservare che se l'adulterio della donna avesse preso il carattere di un altro delitto, per esempio, di eccitamento al libertinaggio o di attentato al pudore, il Ministero Pubblico potrebbe muovere l'azione penale senza la denunzia del marito; il privilegio concesso al marito per far querela è limitato al solo adulterio, ogni altro delitto rientra nel diritto comune, e può esser perseguito tosto che viene a conoscenza del Pubblico Ministero.

Alle cause di giustificazione, e ai diversi casi d'inammissibilità per noi qui discorsi, debbe tener dietro la disamina dei fatti che, senza giustificare l'adulterio, senza rendere inammissibile l'azione penale contro di esso, sono stati risguardati come scuse che atte-

nuavano il delitto; tali possono essere le sregolatezze ed il libertinaggio del marito, le sevizie fatte alla moglie, lo stato di una estrema miseria.

Alcuni autori non hanno dubitato di attribuire a questi fatti giustificazione completa dell'adulterio, quando fossero di molta gravità e ben provati: « Il libertinaggio e la cattiva condotta del marito, dice Ioussé, è una scusa valevole per la donna, perchè allora il marito fu quello che ha dato occasione all'ingiuria fattagli (1). » Questa opinione avea per principio un testo del dritto Romano: *periniquum enim videtur esse ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quum ipse non exhibeat* (2). Bajardo nelle sue annotazioni a Giulio Claro ammette del pari che la donna sia scusabile quando il marito siasi negato a provvedere alla di lei sussistenza: *Quando maritus ipse fuit causa adulterii etiamsi causa fuerit remota, puta qui eam reliquerit sine necessariis ad vitam* (3). Four-nel siegue questa opinione: « un marito, egli dice, che coi suoi maltrattamenti sforza la sua compagna ad esiliarsi dalla propria casa, e le nega i soccorsi necessari alla di lei sussistenza, non diventa forse responsabile di tutti i travimenti cui potrà spingerla la cura della propria conservazione? ciò non significa in certo modo scioglierla dal giuramento di fedeltà (4)? »

Noi non possiamo far eco a queste svariate considerazioni. Come mai la donna può trovare una giustificazione nei falli del suo marito? come mai può essa pretendere che il di lui libertinaggio, le di lui sevizie possano legittimare il di lei adulterio. Un delitto non può esser giustificato se non dalla violenza che abbia vinta la volontà; or la irritazione di patite sevizie, il dolore ispirato dalle sregolatezze del marito, da ultimo, la nudenza stessa e la miseria non fanno sulla volontà una violenza irresistibile; se la donna ha ceduto fu perchè già era stata corrotta; è allora il caso di ap-

(1) Tom. 3. p. 74.

(2) Leg. 13. Dig. ad leg. Jul. de adulteriis.

(3) Bajardo in Giulio Claro, add. n. 13. — Dauderio, pag. 370 n. 30, va anche più oltre, negando totalmente l'azione penale al marito: *Quoties ipse, aut per negligentiam aut per oblatas occasiones, aliquando modo uxori animum praebeuit committendi adulterii.*

(4) Tratt. dell'adul. p. 130.

(1) Processi verbali del Consiglio di Stato; Sessione 7 e 15 Nov. 1807.

plicar l'assioma della legge Romana: *Non est ignoscendum ei quae oblatu paupertatis turpissimam vitam agit* (1). Del rimanente, tutti gli autori negano a questi fatti la forza di scusa. Farinacio dice: *nec uxor paena adulterii excusatur propter viri saevitiam, propter famis necessitatem aut propter paupertatem* (2). Non dimeno non puossi non vedere in questi fatti degli effetti legittimi: l'adulterio commesso sotto la loro influenza cessa di esser l'opera di una volontà spontanea; se una colpevole volontà l'ha consumato la sua causa prossima è nel fatto esterno che la provocava, questo fatto dunque deve vestire non i caratteri di una scusa, ma di una circostanza attenuante di cui si debbe tener conto nella latitudine della pena.

Fin qui ci siamo occupati dei motivi d' inammissibilità che la moglie può opporre alla querela del marito. Possono mai queste eccezioni d' inammissibilità essere opposte alla querela della moglie dal marito imputato di aver mantenuta una concubina nella casa conjugale?

Il marito, oltre l'eccezioni che possono nascere dalla prescrizione o dalla nullità del matrimonio, può senza dubbio opporre alla querela della moglie i fatti dimostrativi una riconciliazione fra loro. Di fatti, la mente del legislatore si fu quella di favorire tutto ciò che può tendere al mantenimento e alla stabilità del matrimonio, tutto ciò onde si possa impedire che i suoi vincoli sien disciolti, e che la violazione della fede conjugale diventi una verità giudiziaria. Questo motivo ha dettato l'articolo 272 Codice civile (sopp. II. cc.) il quale prescrive che l'azione per divorzio si estingue con la riconciliazione dei coniugi. Questa riconciliazione debbe avere gli stessi effetti sull'azion correzionale, la ragion di decidere è la stessa in entrambe la ipotesi. Il procedimento non ha più scopo quando la moglie abbia consentito ad obliare l'infedeltà del marito, il marito dunque ha dritto ad opporre tutti i fatti di riconciliazione che abbiano avuto luogo prima o dopo la querela.

Ma può il marito opporre l'adulterio della moglie? Il signor Carnot risponde affermativamente pel motivo che non vi ha fatto il quale, potendo dar luogo ad un'azion giudi-

ziaria, non possa essere opposto come eccezione all'esercizio di un'azione di simil natura (3). Questo principio però non può applicarsi ai delitti che non si compensano reciprocamente. Se la legge ha dichiarato indegno di far querela il marito che abbia mantenuta una concubina nella casa conjugale, questa indegnità non fu estesa alla donna adultera, forse perchè la donna quantunque colpevole ha tuttavia diritto alla protezione della legge per reclamare la inviolabilità del domicilio. Il marito dunque non potrebbe arrestare il corso della querela della moglie opponendo le di lei irregolarità, nè potrebbe schivare le pene legali, salva l'attenuazione di che gli potrebbe esser proficua questa circostanza di fatto. Del rimanente, noi non possiamo dividere l'opinione di un autore (4) il quale dice che le due azioni del marito e della moglie possono in questo caso progredire parallelamente; dappoichè l'azione del marito si estingue allorchè egli trovasi nel caso dell'artic. 339 (328) nè l'adulterio della moglie può farla reviviscere.

Quanto ai fatti di scusa attinti dalle irregolarità della moglie, dallo scandalo de' di lei trascorsi, dall'aver essa abbandonata la casa conjugale, possono queste circostanze, come abbiamo detto in riguardo alla moglie, attenuare il delitto del marito, ma non mai essergli di causa giustificativa o di scusa legale.

§. IV.

Delle prove dell'adulterio

L'adulterio, sì del marito come della moglie può del pari che tutti i delitti esser provato con tutti i mezzi di prove, e principalmente con la prova testimoniale.

Questo principio non può ingenerare alcuna difficoltà, perchè la legge non vi ha fatta alcuna eccezione. La Corte di Cassazione proclamava questa massima dichiarando: che la prova del delitto di adulterio, contro la donna imputata, si fa nei modi prescritti dagli articoli 154, 155, 156 e 189 Codice d'Istruzione criminale (369 II. p. p.); che nessuna disposizione esenta questi giudizi da tali norme; che i termini e i motivi dell'articolo 338 (sopp. II. p.) non consentono pen-

(1) L. Dig. de raptu nuptiarum.

(2) Quist. 243, n. 60.

(3) Comm. del Cod. Pen. tom. 2. p. 111.

(4) Mang' n. tratt. dell'azion pubbl. n. 244.

sarsi che queste disposizioni sieno comuni alla donna imputata dello stesso delitto (1). »

Rispetto il drudo dell' adultera, le sole prove che, ai termini dell' articolo 338, possono essere ammesse sono, oltre la flagranza del delitto, quelle risultanti da lettere o altre carte scritte dall' imputato (2). »

« Era necessario, dicea l' oratore del corpo legislativo, fissare la natura delle prove che possono essere ammesse per stabilire una complicità che il genio maligno degli uomini si compiace spesso desumere da frivoli indizj, da avventate congetture, da incontri casuali. Dopo le prove della flagranza del delitto, la meno equivoca tra tutte, i tribunali non potranno ammettere che quella risultante da lettere o altre carte scritte dall' imputato; e per fermo, in questi scritti il seduttore rivela la sua passione, e lascia travedere il suo segreto ». »

La *prova scritta* non può desumersi che da carte provenienti dall' imputato e scritte da lui stesso. Seguendo questa regola la Corte Reale di Parigi ha giudicato « che non può riguardarsi come *carta scritta* dall' imputato di complicità nell' adulterio la confessione da lui fatta e sottoscritta in un interrogatorio cui era stato chiamato da un giudice istruttore, mentre era in istato di arresto per procedimento criminale, e ciò pel motivo che simile dichiarazione fatta in quello stato, non potendo dirsi nè libera nè spontanea, non presentava i caratteri di quella libertà morale che detta gli scritti di un imputato di questa speciale complicità quando è al coperto dei timori di una istruzione criminale (2). » In forza dello stesso principio la stessa Corte ha deciso, in altra causa, che non possono ammettersi come prove di questa complicità nè le lettere scritte dalla donna all' adultero e da costui contrasegnate, nè quelle mandate dal drudo all' adultera ma non scritte nè sottoscritte da lui (3). »

Non potrebbe però dirsi lo stesso dell' atto di nascita, compilato dall' ufficiale dello stato civile, e sottoscritto dall' imputato il quale si

dichiarava padre di un fanciullo concepito con la donna convinta di adulterio. Questa dichiarazione autentica offre una prova scritta della complicità dell' adulterio. Lo stesso debbe dirsi dell' atto di riconoscimento di un fanciullo nato dalla donna condannata per adulterio; questo atto costituisce la confessione scritta delle colpevoli relazioni passate fra i due imputati (4).

In difetto di prova scritta la legge non ammette contro il complice che quella di *flagrante delitto*.

L' articolo 41 del Codice d' Istruzione criminale è così concepito « È flagrante delitto quello che si sta commettendo attualmente o che si è allora commesso. Così, saranno riputati flagrante delitto i casi nei quali l' imputato è perseguito dal pubblico clamore, o è sorpreso con effetti, armi, istrumenti o carte le quali fanno presumere che egli sia autore o complice di un delitto che si sia allora commesso ». »

Primamente è chiaro che questa ultima disposizione non sia applicabile in fatto di adulterio (5). La prima ha ingenerata una grave questione: cioè, se la prova del flagrante delitto non sia ammissibile se non quando i testimoni o i processi verbali provano che i colpevoli s'ien stati sorpresi nell'atto stesso del delitto: Contro l' ammissibilità si è dedotto che non vi sia flagrante delitto quando non si è più nell' attualità della consumazione; che non sia lecito procedere dopo ad imprudenti indagini, spiare le tracce di un fatto che sparisce col passar dell' istante in cui fu commesso; che la pace delle famiglie sarebbe compromessa, ed impossibile il ravvicinamento dei coniugi, inaspriti dalle conseguenze di queste scandalose inquisizioni (6).

Pare che queste considerazioni sieno poco concludenti. Gli articoli 32 e 41 del Codice d' istruzione criminale non hanno per oggetto che di accordare al procuratore del Rè il di-

(4) Decis. Parig. 13 marzo 1826, Sirey, 27, 2, 17.

(5) Si è non pertanto giudicato che ogni qual volta s' incontrano nella legge l' espressioni *flagrante delitto* sia mestieri far ricorso alla flagranza definita dall' articolo 41 Codice d' istruzione criminale. Bruss. cass. 23 nov. 1821; Giorn. di Bruss. 1821, 2, 39—*contra*, Rauter, n. 473 bis. ved. anche Parigi 13 marzo 1826, Sirey, 27, 2, 17.

(6) Decis. Angers, 8 maggio 1820 (Dalloz, 1, 172); Decis. Cass. 21 agosto 1834 (Sirey, 14, 115).

(1) Decis. Cass. 11 maggio 1833, Dalloz, 1, 170.

(2) Questo articolo fu soppresso nelle leggi penali delle Due Sicilie, quindi le prove contro tale imputato possono esser tutte quelle ammesse dalle leggi di procedura.

(3) Decis. Parigi, 18 marzo 1829, Sirey, 29, 2, 138.

(4) Decis. Par. 13 marzo 1826, Sirey, 27, 2, 17.

ritto di procedere alla istruzione; il solo vantaggio di fermare le prove del flagrante delitto ha potuto indurre il legislatore a dar facoltà al pubblico ministero, parte istante, a raccogliere le prove del delitto, solo e senza l'intervento del giudice istruttore istituito per la garanzia degli interessi della Società e dei diritti degli imputati. La disposizione dell'art. 41, relativa ad una forma di procedimento e alla competenza di un magistrato, non può applicarsi al modo di raccogliere le prove; quindi debbesi per necessità distinguere il diritto di procedere in caso di flagrante delitto dalle prove di questa flagranza. La definizione dell'articolo 41 è puramente relativa al diritto di accertare la flagranza, la quale non è ivi contemplata che in rapporto al tempo in cui ebbe luogo; ma il flagrante delitto è in sé il delitto commesso pubblicamente, e che ha potuto avere molti testimoni nell'atto che si consumava. La legge, nel procedimento contro il complice della donna adultera, si nega a prestar fede ai soli indizi, alle presunzioni, alle circostanze accessorie ed indirette; essa ha voluto che solo la esistenza del flagrante delitto, non che della carta scritta dall'imputato, potessero aprir l'adito al procedimento contro il complice dell'adulterio, non ha però richiesta la condizione che questo flagrante delitto sia provato e perseguito immediatamente; la legge non ha statuiti né termini né decadenze; imporre la necessità di far immediatamente assicurare le prove della consumazione di un delitto, involto quasi sempre nelle tenebre del mistero, sarebbe stato esigere una condizione impossibile a verificarsi. Per assicurare la impunità del drudo sarebbe sufficiente che il flagrante delitto avesse luogo in assenza del marito, perciocché i testimoni di veduta che egli potrebbe di poi addurre non potrebbero fare prova legale del delitto. Queste ragioni conducono a pensare che non si debba creare una nuova eccezione al diritto comune, e che il procedimento non debba esser colpito da altra eccezione perentoria che da quella nascente dalla prescrizione (1).

Quanto ai fatti che costituiscono il flagrante delitto ci siamo dianzi studiati, per quanto era in noi, di designarli con la miglior precisione; la legge li ha rimessi alla valutazione del Tribunale; solo è da notarsi che la di-

chiarazione di esservi stata flagranza di delitto è una dichiarazione di fatto, di esclusiva competenza della polizia correzionale, che non può essere impugnata con ricorso in cassazione quali si sieno i fatti su cui è poggiata (2).

Il complice, quantunque sorpreso in flagrante delitto può opporre per fatto giustificativo la sua buona fede nei due casi seguenti: 1° se ignorava che la donna fosse maritata; 2° se la incontrava in un luogo di libertinaggio e perciò l'abbia potuto credere rotta alla prostituzione.

La completa ignoranza dello stato conjugale della donna sveste il fatto del complice di ogni carattere di reato, giusta la massima: *Sine dolo adulterium non committitur*. Gli autori sono concordi in tale sentenza: *Nec adulterium committi dicitur ab eo qui ignorat mulierem cum qua se commississet esse nuptam; excusat ignorantia facti* (3); uopo è però che questa ignoranza sia pienamente provata.

Nella seconda ipotesi è parimenti evidente che il carnale commercio avuto da un uomo con una donna pubblica maritata, non può aprire contro di lui l'adito all'azione penale di adulterio. Tale era anche la sentenza del Romano diritto: *Si ea quae stupro tibi cognita est et passim venalem formam exhibuit ac prostitutam meretricis more vulgo se praebebat, adulterii crimen in ea cessat* (4). Giulio Claro estende questa Decisione al caso in cui la donna avesse avuti molti amanti: *Habens rem veneream cum muliere etiam nupta, quae cum multis rem carnalem habuerit non potest puniri de adulterio, quia vilis vitae adulterae cum a poena adulterii excusat* (5). Senza ammettere quest'ultima opinione certa cosa si è che svanisce il delitto quando la donna sia una prostituta; perciocché non puossi allora apporre al drudo di aver violata la santità del matrimonio, e seminata la scissura fra i coniugi.

(1) Decis. cass. 5 giugno 1829.

(2) Farin. quist. 141, n. 97; Jousse, tom. 3, p. 231; Fournel, p. 96.

(3) L. 22, Cod. ad leg. Jul. de adulteriis. Lo spreccio, in che il popolo Romano teneva il commercio, desumesi da una sentenza di Paolo, così concepita: *Cum his quae publice mercibus vel tabernis exercendis procurant, adulterium fieri non placuit*. Paolo, sent. lib. 2, tit. 26, §. de adulteriis. Lo stesso diritto vigeva per i comedianti.

(4) L. adulterium, addiz. n. 27.

(1) Ved. cass. 22 sett. 1837 e l'opinione del signor Morin. Sirey 38, 331.

§. V.

Delle pene dell' adulterio.

Sarebbe inutile e tedioso lavoro enumerar le pene, ora bizzarre, ora ignominiose, ma sempre aspre, comminate all' adulterio presso i diversi popoli. La più parte di essi, come i Parti, i Lidi, gli Arabi punivano l' adulterio con la pena capitale; altri con la mutilazione; tutti poi vi aggiungevano una qualche infamante degradazione (1).

La legislazione Romana sentì l' influenza dei costumi. Romolo non avea statuito pena alcuna contro l' adulterio, ma avea fatto il marito arbitro della sorte della moglie colpevole; solamente prima di pronunziar la pena gli era uopo consultare i più prossimi parenti: *Uxor si qua autem peccasset, ipsum qui iniurias passus erat iudicem habebat, qui poenae magnitudinis erat arbiter; de huiusmodi criminibus cognati cum ipso cognoscebant* (2). Questa usanza vigeva anche sotto la repubblica, e pare, giusta un passo di Tacito, che la pena ordinariamente comminata fosse il bando (3). Ma col crescer della corruzione furono necessari più severi provvedimenti; la legge Giulia, promulgata da Augusto, e di cui non ci pervennero che pochi frammenti (4), modificò il sistema della repressione; l' adulterio diventò reato pubblico la cui denuncia era lecita a tutti (5); la pena fu la relegazione.

Impertanto Triboniano nell' Istituti attesta che la legge Giulia avea introdotta la pena di morte: *Lex Julia de adulteriis coercendis . . . temeratores aliarum nuptiarum gladio punit* (6). Gran numero di testi e di monumenti storici hanno mostrata erronea quest' assertiva: la pena di morte non fu

comminata che dall' Imperator Costantino. Giustiniano stesso ne fornisce una pruova nella Novella 134, cap. 10. *Nonnulli tamen principes ante Constantinum poenam legis Juliae quandoque auxerunt, feceruntque capitalem sed id contingit tantum extra ordinem et ex causa speciali*. Si è obiettato in contrario la legge 18 Cod. *de transactionibus*, colla quale gl' Imperatori Diocleziano e Massimiano permettevano di transigere su i reati capitali, *excepto adulterio*; da ciò si è inferito che questo reato fosse capitale innanzi di Costantino; Cujacio ha risposto, e la sua opinione ha molta probabilità, che queste parole fossero state aggiunte da Triboniano (7). Costantino dunque fu quello che sostituì la pena di morte alla relegazione: *sacrilegas autem nuptiarum gladio punire oportet* (8); egli però restringeva il diritto di accusa nei più prossimi parenti: *Proximis accessoribusque personis quas verus dolor ad accusationem impellit; ed esclude gli estranei: extraneos autem procul arceri ab accusatione censemus*, per la ragione che essi abusavano di questa facoltà per spargere i dissidi nei matrimoni: *Nonnulli proterve id faciunt. et falsis contumelias matrimonia deformant*. Giustiniano modificò questa pena ma solamente per le donne: la Novella 134 prescriveva che fossero frustate e chiuse in un monastero, donde il marito pel corso di due anni avea facoltà di trarle; elasso questo termine esse prendevano il velo: *Adulteram vero mulierem competentibus vulneribus subactam in monasterium miti et si quidem intra triennium recipere eam vir suus voluerit, potestatem ei damus hoc facere . . . Si vero praedictum tempus transierit, aut vir priusquam recipiat mulierem moriatur, tonderi eam et monachi habitum accipere et habitare in ipso monasterio in omni propriae vitae tempore* (9). Pel complice dell' adultera la pena continuò ad esser la morte.

In Francia, l' adulterio da prima punito, secondo la legge de' Franchi, d' una semplice pena pecuniaria, non tardò a sentire l' impero del diritto Romano: un capitulare di Carlo Magno pronunziava la pena di morte: *Sub poena capitali adulteria in regno nostro a*

(1) Ved. Tiraquello, leg. connub. lib. 13, n. 1, add. 17. Damoderio, cap. 89, n. 54 e seg.

(2) Dionigi d' Alicarnasso, lib. 2, cap. 4.

(3) Adulterii graviorem poenam deprecatus ut, exemplo majorum, a propinquis ultra ducentensimum lapidem removerentur, suavit. Tacito, annal. lib. 2.

(4) Briss. ad leg. Jul. de adul. lib. unic.

(5) Quamvis adulterii crimen inter publica reteratur, quorum delatio in comune omnibus, sine aliqua legis interpretatione, conceditur. Leg. 30 cod. ad leg. Jul. de adult.; leg. 2. § 8 e 9, Dig. eod. tit.

(6) Inst. lib. 4, de pub. iudiciis, § 4. Pauli sententiae, lib. 3, tit. 26, §. 14.

(7) L. 6. observaz. cap. 12, e lib. 19, cap. pen.

(8) Leg. 30 Cod. ad leg. Jul. de adul.

(9) Ved. 134, cap. 10; aulh. sed. hodie, eod. ad leg. Jul. de adulteriis.

quibuscumque fieri prohibemus (1). Nondimeno pare che questa pena non sia stata applicata per molto tempo; le procelle dei tempi sostituirono, alla legge generale, delle pene di cui è difficile indicare la sorgente. Da svariate consuetudini si rileva che i colpevoli erano, secondo i luoghi, condannati o a *correre ignudi in un certo spazio della signoria, o a pagare cento soldi al signore, o ad essere frustati per la città*. Si citano degli arresti che pronunziano la pena della frusta o del bando, degli altri che comminano la morte; ma intorno al XVI secolo gli autori cominciano ad insegnare e i parlamenti a seguire le disposizioni della Novella. La giurisprudenza vigente in Francia in questi tempi si è, dice Jousse, quella di seguire in tutto il suo vigore la Novella 134, cap. 10, e l'*authentica sed hodie* del codice *ad leg. Jul. de adulteriis*. Solamente si eccettuava la pena della frusta. Così la donna è condannata ad esser *autenticata*, cioè a dire rinchiusa in un convento per un tempo durante il quale il marito può rivederla e riprenderla; se passa questo tempo senza che il marito la ritiri in casa, allora è condannata a tagliarsi i capelli e prendere il velo per tutta la sua vita (2).

Il Codice del 1791 avea serbato silenzio sull'adulterio. Il nostro Codice Penale ha appianata questa lacuna e in pari tempo cangiato il precedente sistema di repressione. L'articolo 337 (326) porta: La donna convinta di adulterio sarà punita con una prigionia non minore di tre mesi nè maggiore di due anni (2° al 3° grado di prigionia per le leg. pen.) L'articolo 338 (326) aggiunge: Il complice della donna adultera sarà punito con una prigionia della stessa durata e con un'amenda di 100 a 2000 fr. (50 a 500 ducati.)

Queste pene, della stessa natura e della stessa durata si trovano quasi in tutte le legislazioni moderne. La legge Prussiana commina una reclusione di tre a sei mesi in una casa correzionale, se un solo dei colpevoli è legato da vincoli conjugali, di due mesi ad un anno se sono entrambi maritati (art. 1064). Il Cod. Austriaco nell'art. 267 della 2ª parte prescrive: ogni individuo maritato che commette un adulterio, come anche la persona

libera con la quale l'adulterio è commesso, saranno condannati agli arresti da uno a sei mesi. - L'art. 250 del Codice del Brasile pronunzia contro la donna e suo complice la prigionia con lavori per la durata di tre mesi ad un anno. Le leggi penali di Napoli comminano la prigionia dal secondo al terzo grado, cioè da sette mesi a cinque anni, aggiungendo contro l'adulterio un'amenda da 50 a 500 ducati.

Alcuni tribunali si sono avvisati che le pene prescritte dagli articoli 337 e 338 non possano essere modificate dall'articolo 463 quando il delitto presenta delle circostanze attenuanti; è loro paruto che l'adulterio sia un delitto speciale, non soggetto alle regole generali del Codice, e rimanga sottomesso a tutte le pene comminate contro di essa dalla legge. A noi pare che nissuna parola del Codice possa giustificare questa eccezione. Il principio di attenuazione consacrato dall'articolo 463 è generale e si estende a tutti i delitti preveduti dal Codice Penale. Senza dubbio possono i giudici non ritenere nel fatto le circostanze attenuanti che sono le condizioni essenziali della sua applicazione, e forse nei giudizi di adulterio non debbono essi usare che con molta riserbatezza della facoltà di attenuare le pene. Ma per regola generale questo delitto non può essere escluso da quel beneficio; esso è sottoposto a tutte le norme che imperano nel Codice, è sottoposto in caso di recidiva all'aggravazione della pena. Quindi debbe godere delle attenuazioni che sono dettate dalle circostanze di fatto, deve necessariamente la sua reità partecipare delle modificazioni che risultano dalla età, dalla condizione sociale, dalla educazione, dal matrimonio.

La volontà del marito può metter fine alle pene pronunziate contro sua moglie. Il 2° § dell'articolo 337 (art. 330) prescrive: Può il marito impedire gli effetti della condanna consentendo a ritirare in casa sua moglie. L'oratore del corpo Legislativo spiegava tale disposizione in questi termini: « Pel carattere quasi privato di questo delitto, o piuttosto per la domestica potestà di che è rivestito il marito, rimane sempre in arbitrio di costui d'impedire gli effetti della condanna pronunziata contro sua moglie. Ritirandola in casa egli può godere della gioia del perdono, della pienezza del diritto di grazia, può rafforzare i vincoli dell'amore con quelli della grati-

(1) Baluz, lib. 5, cap. 325.

(2) Tom. 2, p. 67.

tudine. « Dianzi abbiain visto che questa disposizione vigea già nella Novella di Giustiniano.

La sola controversia cui può dar luogo questa disposizione stà in vedere: se il complice debba profittare della grazia che il marito accorda alla moglie. Evidente sì è la negativa. L'articolo 337 (330) limita questo diritto conceduto al marito alle sole pene della moglie; questa disposizione eccezionale non può essere estesa oltre i suoi termini. D'altra banda non concorre in questo caso la stessa ragion di legge: se il desistere che fa il marito dalla querela, innanzi che diventi definitiva la condanna della moglie, giova all'adultero l'è perchè ancora non vi ha certezza legale dell'adultero, ed è utile che non si giunga a questa certezza. Ma allorchè la condanna sia diventata definitiva, non vi è motivo alcuno per estendere dall'uno all'altro gli effetti del perdono, e la società reclama contro il complice la esecuzione di una pena che non può più esser di ostacolo alla riconciliazione dei coniugi. Così fu tale controversia decisa dalla Corte di Cassazione (1).

In molti casi nei quali l'adultero era accompagnato da odiose circostanze, i Tribunali non han trovato nelle pene comminate dagli articoli 337 e 338 (326) una sufficiente repressione del delitto: essi hanno condannato l'adultero al pagamento dei danni-interessi in favor del marito. Questa giurisprudenza, sanzionata dalla Corte di Cassazione (2) parve ad alcuni autori contraria al testo ed allo spirito della legge. La legge, dice il Sig. Bedel, non concede al marito, con qualche espressa disposizione, il diritto di chiedere dall'adultero i danni-interessi a titolo di risarcimento dell'onore, poichè le macchie dell'onore non si lavano con danaro. Potrebbe però domandare questi danni interessi *se per esempio la celebrità della sua causa gli avesse cagionato un danno effettivo*, mettendolo nella necessità di cangiar domicilio (3). Carnot va in una sentenza più assoluta: La legge, dice egli, non concede al marito danni-interessi nè contro sua mo-

glie nè contro l'adultero: essa soltanto priva la moglie dei lucri nuziali accordatili dal marito (4). Allorchè per causa di un duello una famiglia perde il suo sostentamento, il suo appoggio, la giurisprudenza le accorda i danni-interessi. Eppurè il duello è una lotta in cui ciascuno cimenta la propria vita; chi si batte in duello è protetto da ciò che addimandasi *punto di onore*. Ma l'adultero che cerca le ombre; l'adultero che, giusta le parole di Mousaignat, non teme di offendere un marito nel suo amor proprio, nella sua proprietà, nel suo amore: l'adultero che viola tutti i diritti, che cagiona un danno tanto grave da essere stimato irreparabile; l'adultero che semina i dissidj in seno delle famiglie, che sovente mette il pugnale in mano ai coniugi, questo adultero non dee temere di veder i suoi beni di fortuna esposti a risarcire il danno cagionato dal suo delitto!

Sappiano i tribunali applicare con severità una pena che parrà dura, condannino l'adultero ai danni-interessi, e così, comechè tristo compenso per l'offeso, sarà questa condanna una privazione pei colpevoli. Gl'inglesi hanno a maraviglia sentito l'effetto che deve sperarsi da condanne rigorose: v'ha molti casi nei quali, per una *conversazione criminosa*, delle persone furono condannate a considerevoli somme di danni-interessi. Veggonsi nelle cause di adulterio registrati i nomi più cospicui; nel 1826 l'erede di una delle prime famiglie d'Inghilterra fu condannato a 150 mila fran. di danni interessi. L'opinione dei Sig. Carnot e Badel è contraria al testo dell'articolo 1382 Codice Civile (1336 Il. cc.) secondo il quale «ogni fatto qualunque dell'uomo, che arreca danno ad altrui, obbliga colui per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno. È fuori dubbio che il conjughe tradito con l'adulterio soffre un danno reale; spetta dunque ai tribunali valutare questo danno, sia privando il conjughe colpevole dei doni fattigli dall'altro conjughe, sia pronunziando contro il marito, contro la moglie o contro il dritto una ripara-zione pecuniaria proporzionata alla fortuna de' due coniugi. Debbono però i giudici rigettare le dimande avanzate per spirito di lucro e di speculazione; molta riserbatezza e prudenza debbono usare in valersi del potente mezzo di repressione che la legge ha lo-

(1) Decis. Cass. 17 Genn. 1829; Sirey, 29, 205.

(2) Decis. Cass. 5 Giugno 1829; Sirey 29, 569.

(3) Decis. Cass. 17 Genn. 1829 — Nel 1829 il Barone D. . . è stato condannato a 140000 fran. di danni interessi.

(3) *Nuovo Trattato dell'adulterio*, p. 106.

(4) Comm. del Cod. Pen. tom. 2, p. 182.

ro confidato. Circoscritta da certi limiti ed appoggiata sulla coscienza pubblica, questa facoltà illimitata che hanno i giudici di pronunziare delle riparazioni civili può partorire utili effetti e per la morale e per l'ordine della società.

Ci rimane ora a mettere in disamina un'ultima quistione. Seguendo l'esempio della legge noi abbiain chiamati complici i *coautori* dell'adulterio. Ma i veri complici di un reato, ai sensi dell'articolo 60 Codice Penale (74 ll. p.) sono quelli che hanno favorita la sua consumazione o somministrati i mezzi per commetterlo. Questi ultimi complici possono esser mai messi sotto accusa, possono andar soggetti alle pene della legge? Nel diritto Romano questa quistione non era controversa; il marito poteva includere nella sua accusa coloro che avevano favorito l'adulterio, concedendo la loro casa per consumarlo: *Sed etsi in domum aliquam solitus fuerit convenire ad tractandum de adulterio, etsi eo loco nihil fuerit odmissum, verum tamen videtur is domum suam ut stuprum adulteriumve committeretur praeuisse, quia sine colloquio adulterium non committeretur* (1). In queste disposizioni andavan comprese tanto le donne quanto gli uomini: *Mulieres quoque hoc capite legis, quod domum praeberint ut, pro comperio stupro aliquid occiperint, tenentur*. Con la stessa accusa potevano essere perseguiti anche coloro che avessero ricevuto del danaro per celare al marito le sregolatezze della moglie: *Quilibet ob conscientiam stupri occipit aliquid poena erit plectendus* (2).

Queste sentenze eran seguite nel nostro antico diritto. Giulio Claro mette lo istigatore

nello stesso grado dell'autor del reato. *Man-dant adulterari debet puniri de ordine et consilio eadem poena qua puniuntur adulter* (3). Farinacio detta la stessa regola ma soltanto in rapporto a colui che presta la sua casa: *Adulterii poena habet locum in eo qui ad adulteria committendum suam domum accomodat* (4). Da ultimo, lousse ci fa fede che questa era l'antica giurisprudenza: « I complici del delitto di adulterio, dice egli, debbono esser puniti come quelli che ne sono gli autori. Tali sono quelli che favoriscono questa specie di *convenio* (*entrevus*), che la *ordiscono con le loro cobale*, che prestano l'uso della loro casa (5). Il nostro diritto nuovo ha forse abrogata questa regola che ha la sanzione di sì lunga pratica? Ha esso fatta eccezione al principio generale che colpisce tutti i complici dei misfatti e delitti, per favorire i complici del delitto di adulterio? No, il Codice tace sul destino di questi complici, cosa dunque debbesi inferire dal suo silenzio? Negli altri reati il Codice ha forse parlato dei complici? non si è forse limitato a pareggiare, con una disposizione generale, i complici agli autori principali e dichiararli soggetti alle stesse pene? La punizione dei complici dee dunque prendersi dal diritto comune, allorchè la parte da loro presa nel delitto presenti i caratteri preveduti dall'articolo 60 Codice Penale (74 ll. p.). Per sottrarli alla disposizione generale sarebbe stato duopo di un testo speciale. Questi complici dunque possono andar compresi nel procedimento contro l'adulterio con tutte le norme però che sono speciali a simili procedure; tale è anche l'opinione manifestata dal Sig. Bedel nel suo trattato dell'adulterio (6).

(1) L. 9, 10, e 20, Dig. ad leg. Iul. de adulteriis.

(2) *Ibid.*

(3) §. Adulterium, *supp.* N. 73.

(4) *Quist.* 141, N. 49.

(5) *Tom.* 3, p. 228.

(6) *Pag.* 89 e 90.

CAPITOLO XIV

DELLA BIGAMIA.

Definizione di questo reato — Motivi della sua repressione — Legislazione antica su questa materia — Disposizioni della legge Romana — Dell' antica giurisprudenza — Caratteri di tal reato nel diritto vigente — Suoi elementi — Il principale di questi elementi è il vincolo di un precedente matrimonio — E mestieri che questo matrimonio sia valido — Non vi è reato se il primo matrimonio sia disciolto ancorchè il colpevole ignori questo scioglimento — Vigge forse la stessa sentenza allorchè il primo matrimonio, quantunque viziato di nullità, non sia stato ancora dichiarato nullo dal magistrato? Il secondo elemento del misfatto è il secondo matrimonio contratto innanzi la dissoluzione del primo — E mestieri che questo matrimonio sia regolarmente contratto, ma la sua validità non è condizione essenziale del reato — Il tentativo del misfatto di bigamia è soggetto a pena — Quali sono in questa materia i fatti costitutivi del tentativo? — Il terzo elemento del reato è il dolo dell' imputato — La sua buona fede non può risultare che dalla credenza d' esser stato disciolto il primo matrimonio, questa buona fede esclude il reato — La nullità sia del primo sia del secondo matrimonio può costituire una quistione pregiudiziale? — Quale è il giudice competente a pronunciare su questa quistione? — Può mai l' imputato opporre che il precedente matrimonio era nullo perchè in tempo che fu contratto vi era già un altro matrimonio — Commenturio dell' articolo 340 Codice Penale (art. 331 LL. P.).

Il reato di *bigamia* sta nel fatto di aver contratto un nuovo matrimonio innanzi che fosse disciolto un matrimonio precedente.

Evidente è l' interesse che ha la società a punire questo reato; per le leggi della nostra religione e per quelle del nostro diritto civile l' unità del matrimonio è la base della famiglia, e tutti i fatti che tendono a frangere i vincoli di famiglia attaccano la stessa società. Qualche dubbio soltanto si è potuto elevare sulla intrinseca immoralità del fatto considerato in se stesso; e per fermo, molti popoli dell' antichità avevano nelle loro leggi sanzionata la poligamia, e qualche moderna nazione l' ammette tuttora. Quest' azione non è dunque riprovata dalla morale universale; la sua reità varia secondo i costumi e le leggi. A noi pare che per rispondere a questa obbiezione non ci sia d' uopo impigliarci nella disamina d' una quistione certamente non difficile, ma estranea al nostro soggetto. Deb-

besi con molta cura distinguere l' atto di poligamia presso i popoli che l' ammettono dallo stesso atto commesso presso quelli che lo vietano. Presso i primi, il secondo matrimonio, qualunque sia la sua intrinseca moralità, non porta nè la ruina d' una precedente famiglia, nè lo spergiuro, nè l' adulterio, nè l' inganno. Per contrario, presso gli altri la bigamia è non solamente una offesa della legge che viola, ma ferisce la morale perchè porta di necessità l' abbandono del primo conjugue, la violazione della fede giurata, la dissoluzione della famiglia dell' adultero, il misfatto di falso e l' inganno adoperato col secondo conjugue. Non puossi dunque fare a meno di vedere qui una reità che nasce non dall' arbitraria volontà della legge, ma dall' azione stessa e dalle circostanze che l' accompagnano; questa reità si attinge non solamente nella violazione della legge, ma nelle conseguenze funeste dell' azione, nella sua immo-

ralità, nella infrazione dei vincoli matrimoniali.

La più parte de' popoli hanno punita la bigamia. La legge Romana, sino a Giustiniano, non faceva che notar d'infamia colui che *suo nomine bina sponsalia, binasque nuptias eodem tempore constitutas habuit* (1). Il Cristianesimo fece sentire la sua benefica influenza su questa immorale legislazione; ma la legge nuova si rimetteva per la pena alla volontà del giudice: *Neminem qui sub ditione sit Romani nominis, binas uxores habere posse, vulgo patet: cum etiam in edicto praetoris huiusmodi viri infamia notati sint, quam rem competens iudex inultam esse non patietur* (2).

Questa legge e molti altri testi non men vaghi, avean suscitata controversia presso gli antichi autori per sapere qual pena dovesse avere questo reato. Alcuni proponevano la pena dell' adulterio, giacchè la bigamia, d'ordinario, contiene in se questo secondo reato; altri credevano non doversi applicare che le pene dello stupro; altri finalmente, seguendo la legge Romana, lasciavano la pena all'arbitrio del giudice secondo le circostanze, *pro admissa qualitate* (3).

Nel nostro antico diritto non v'era disposizione su questa materia, ma la giurisprudenza venne a statuirla delle regole fisse. « Trovansi nel diritto Romano, dice Muyart de Vouglans, delle leggi speciali che hanno dichiarate le pene di questo reato puramente arbitrarie e dipendenti dalle circostanze. Tale è anche il principio seguitato dalla nostra antica giurisprudenza; perciocchè noi troviamo decisioni che sono limitate a pronunciare la sola pena d'infamia; altre che sono giunte a comminar finanche la morte; altre, in fine, le quali, allorchè si provava che la donna fosse passata a seconde nozze, ancor vivo il primo marito da lei creduto morto per lunga assenza, non solamente non le infliggevano pena alcuna, ma accordavano a lei e suoi figli tutti gli effetti civili del matrimonio. La pena ordinaria di questo delitto era per gli uomini la condanna alle galere, per le donne il bando temporaneo o perpetuo. Ma tanto gli uomini quanto le donne doveano prima subire le pene in giorno di mercato, cioè, gli uomini con due conocchie, le donne con due cappelli, con cartelli nelle spalle e nel petto indicanti la causa della loro condanna (4) ».

L'articolo 33 del titolo 2, Sez. 2 del Codice del 1791, era così concepito: « Qualunque persona legata da vincoli conjugali, che contragga un secondo matrimonio innanzi che sia disciolto il primo, sarà punito con dodici anni di ferri ». Le legislazioni moderne non hanno in generale statuita tanto severa penalità. Il Codice Prussiano pronunzia contro i colpevoli la reclusione in una casa correzionale o in un forte per la durata di uno a due anni (art. 1066). L'art. 197 del Codice Austriaco è così concepito: La pena della bigamia è di uno a cinque anni di carcere, e se il colpevole abbia celato la sua condizione alla persona con cui si univa in matrimonio, sarà condannato al carcere duro ». La legge Napolitana commina la pena della reclusione (da 6 a 10 anni). La legge Inglese pronunzia la trasportazione per sette anni, o la prigionia con lavoro per due anni. Gli statuti di Nuova York estendono il massimo della prigionia a cinque anni (tit. 9, art. 2; § 9). Da ultimo, l'articolo 249 della legge Brasiliana commina la prigionia con lavoro da uno a sei anni ed un'ammenda eguale alla metà della durata della pena.

L'articolo 340 del Codice Penale (331 II. p.) è così concepito: chiunque, essendo impegnato con legami di matrimonio, ne avrà contratto un altro prima dello scioglimento del precedente sarà punito con i lavori forzati a tempo (reclusione per le leg. pen.) « Questo reato è veramente assai grave, dicea la esposizione dei motivi, esso abbraccia in uno l'adulterio e la falsità, perciocchè il colpevole dichiara falsamente innanzi l'ufficiale dello stato civile che non sia legato da vincoli matrimoniali; l'oratore del corpo legislativo aggiungeva: L'ingiuria di un secondo matrimonio contratto innanzi lo scioglimento del primo non si limita soltanto alle pareti domestiche; questo è un misfatto sociale, un

(1) L. 1. Dig. lib. 3, tit. 9, de his qui notantur infamia. Damoderio, cap. 89, N. 123, dice *Caesaris lex erat apud Romanos ut uxores quas et quot quis vellet ducere liceret liberorum quaerendorum causa, ut Suetonius in vita illius tradit, cap. 52.*

(2) L. 9, Cod. de incest. et inutil. nupt.

(3) Menochio de arbit. judic. caso 220; Giulio Claro § fornicatio, N. 30; Furiancio, quistione 141, N. 3 e 9.

(4) Leg. crim. pag. 225; lousse trattato delle quist. crim. tom. 3, pag. 51.

(4) Leg. crim. pag. 225; lousse trattato delle quist. crim. tom. 3, pag. 51.

attentato all'ordine delle famiglie, nelle quali simili unioni, sotto il sistema delle leggi che ci governano, apportano il disordine e la confusione, perciò contro questo misfatto si è comminata la pena dei lavori forzati a tempo.

Di là ne conseguita che tre elementi sono necessari per costituire il reato di bigamia:

1. Il vincolo di un matrimonio precedente
2. La contrattazione di un altro matrimonio innanzi lo scioglimento del primo.
3. Il dolo, ossia la mala fede senza la quale non vi ha mai reato.

Queste tre condizioni del misfatto richiegono qualche sviluppo.

Primamente chiara cosa si è che il reato di bigamia non può aver luogo se non quando il colpevole sia già legato dai vincoli di un precedente matrimonio. Perciò, non vi sarebbe reato se questo matrimonio fosse già disciolto innanzi la celebrazione del secondo, sia per la morte naturale, sia per la morte civile (a) sia per effetto d'una nullità radicale. Perciò che la bigamia ha vita solo per la coesistenza simultanea di un doppio matrimonio.

Non vi sarebbe reato quando anche il coniuge, nell'atto della celebrazione del suo secondo matrimonio, avesse ignorato lo scioglimento del primo, poichè la legge non richiede che egli si giustifichi con la prova della scienza di questo scioglimento; basta per la sua discolta che questo scioglimento avesse avuto luogo nel momento in cui si è celebrato il secondo matrimonio. È vero che il colpevole nel contrarre il secondo matrimonio operava con la coscienza di commettere un reato; ma la legge penale non punisce il pensiero delittuoso quando non sia accompagnato dagli elementi materiali del misfatto (1).

Vale forse la stessa sentenza allorchè il primo matrimonio, ancorchè attaccato di nullità non sia stato ancora dichiarato nullo dalla giustizia? Uopo è rispondere affermativamente; la legge vuole che il colpevole sia già legato dai vincoli di un matrimonio. Or, un matrimonio non costituisce un vero vincolo se non quando sia validamente contratto; se sia viziato di nullità non è necessario che venga disciolto, giacchè un matrimonio nullo non si discioglie ma si dichiara che non

abbia mai avuto una vita legale. Per qual motivo estendere la pena della bigamia a colui che, dopo aver contratto un matrimonio nullo, ne contragga un altro innanzi che sia dal giudice dichiarata la nullità del primo? Forse perchè presumasi che il primo matrimonio sia valido, perchè si suppone la sua legalità finchè un giudice non l'abbia dichiarato nullo? Ma che sarà di questa presunzione se l'imputato prova e la dichiara che questo matrimonio era nullo? che questa nullità lo viziava sin dalla sua celebrazione, che non sia stato valido neppure per un istante?

Può mai pronunziarsi condanna contro un imputato, dice il Sig. Merlin, innanzi che si sia in modo irrefragabile acquistata la prova del fatto addebitatogli? no certamente. Può mai pronunziarsi condanna senza la certezza che il fatto costitutivo il preteso reato non perderà per un avvenimento successivo i caratteri di reato? No certamente. Può mai pronunziarsi condanna provvisoria? molto meno. Intanto che avverrebbe se il condannato per misfatto di bigamia facesse di poi dichiarar nullo il primo matrimonio? Certamente allora bisognerebbe dire che il preteso bigamo fosse stato condannato come tale innanzi che si provasse il suo misfatto; che fosse stato condannato innanzi che l'azione addebitatagli fosse irrevocabilmente dichiarata criminosa; che fosse stato giudicato provvisoriamente. Ma in confessare queste tristi verità qual rimedio si avrebbe per far cessare una condanna che mancherebbe di base? La legge non ne ha indicato alcuno, e i giudici sarebbero senza poteri per supplire al suo silenzio. Così, il condannato soffrirebbe la pena della bigamia anche dopo dichiarata solennemente la prova di non esser bigamo. Un sistema che menasse a sì assurdi risultamenti non può essere in accordo nè con la legge nè con la ragione nè con l'umanità (2).

Epperò la legge richiedendo i legami di un primo matrimonio, ha inteso parlare di un matrimonio vero e valido; quindi se l'imputato oppone che il primo matrimonio sia viziato di nullità non basta provare la esistenza di questo matrimonio ma è necessario verificare la eccezione del giudicabile per aversi la base legale di una condanna (3).

(a) Vedi la nota (*) a pag. 287 in fine del Capitolo.

(1) Decis. Cass. 12 piov. anno VIII; Dalloz. 3. 263; Sirry, 5, 189 e il nostro tomo V, p. 91 e seg.

CHAUVEAU—TOMO III

(2) Rep. V. *Bigamia*. Requisit alla Decis degli 8 agosto 1811, Dalloz. 3, 268; Sirry, 13, 383.

(3) Decis Cass. 16. genn. 1826. Sirry, 26, 370.

Il secondo elemento del misfatto di bigamia si è che siasi contratto un secondo matrimonio innanzi lo scioglimento del primo, propriamente parlando questo secondo matrimonio è quello che consuma il misfatto.

La validità di questo secondo matrimonio non è però condizione essenziale del misfatto; esso è necessariamente nullo pel solo motivo che già esisteva un matrimonio precedente; però, indipendentemente da questa nullità radicale è necessario che questo secondo matrimonio sia contratto regolarmente; perciocchè un matrimonio irregolare non sarebbe mica matrimonio. Così, il matrimonio che non sia contratto con libero consentimento, che non sia celebrato pubblicamente, o che sia contratto da un condannato alla morte civile, non potrebbe diventare la base di una condanna per bigamia, poichè allora non vi sarebbe realmente il secondo matrimonio, quindi non vi sarebbe il reato.

Tuttavia, se il secondo matrimonio debbe esser contratto regolarmente, la sua celebrazione però non è indispensabile alla esistenza del misfatto. E per fermo, il tentativo di tutti i misfatti preveduti dal Codice Penale è assoggettato a pena dall'art. 2 Cqd. Pen. (69 e 70 ll. p.) allorchè vi concorrono nel fatto le condizioni richieste da questo articolo; l'articolo 3 (71) non eccettua da questa regola che i fatti qualificati delitti, e nessuna disposizione di legge estende questa eccezione ai fatti di bigamia. Il tentativo legale del misfatto deve dunque esser punito come il misfatto stesso (1).

Ma quali sono i fatti costitutivi questo tentativo? La Corte di Cassazione ha dichiarato che la legge non avendo definite le circostanze costitutive il cominciamento di esecuzione, ne ha rimessa la valutazione al criterio dei Giurati (2). « Noi però ci crediamo nel debito di esaminare questi elementi. Uopo è primamente distinguere gli atti antecedenti, che tendono a preparare il matrimonio e gli atti di esecuzione del matrimonio stesso; così, la sottoscrizione del contratto di matrimonio non è mica un atto di esecuzione; tale fu la sentenza della Corte di Cassazione la quale ha dichiarato: « che relativamente al preteso tentativo di bigamia, questo tentativo non poteva risultare dal con-

tratto di matrimonio stipulato innanzi lo scioglimento del matrimonio esistente, ma soltanto dall'atto di matrimonio ricevuto dall'ufficiale dello stato civile o dai fatti preparatori di questo atto; perciocchè il contratto di matrimonio, quantunque contrario alla decenza e all'onestà pubblica, non potrebbe però costituire il delitto di attentato ai buoni costumi preveduto dalla legge (3) ».

Lo stesso dovrebbe dirsi delle pubblicazioni richieste da un individuo maritato, per giungere ad un secondo matrimonio (4). Di fatti, le pubblicazioni non sono che un atto preparatorio del matrimonio, esse non costituiscono una sua parte intrinseca, non danno cominciamento alla esecuzione.

La stessa sentenza debbe applicarsi a tutti gli atti che precedono la celebrazione del matrimonio.

Ma se nel momento in cui è cominciata questa celebrazione, qualche fortuito avvenimento viene a disvelare le frode, non puossi fare a meno di non vedere i due caratteri del tentativo legale, cioè, il cominciamento di esecuzione del misfatto, e la sua sospensione cagionata da circostanze indipendenti dalla volontà del colpevole. L'imputato di bigamia deve dunque, in questo caso, allorchè sono provati questi due elementi, andar soggetto alla regola generale del Codice; il suo tentativo è punito come il misfatto consumato.

Il terzo elemento del misfatto è il dolo dell'imputato. Non si può concepire la esistenza di un reato senza la intenzione criminosa di chi l'ha commesso; ma in questa materia più che in ogni altra è cosa di grave interesse definire questa intenzione.

Il Codice del 1791 portava: In caso di esecuzione di questo reato (bigamia) potrà essere ammessa la eccezione di buona fede, ove sia provata ». Il nostro Codice non ha mica ripetuto questa disposizione, ma il legislatore ha spiegato il motivo del suo silenzio. Se gli autori del Progetto, diceva l'oratore del corpo legislativo, non hanno creduto dover ripetere testualmente questa eccezione non fu perchè vollero vietarla, ma perchè stimarono inutile cosa enunciarla espressamente; essa è di dritto comune, e consacrata in quel

(1) Decis. Cass. 28 Luglio 1826 Sirey, 27, 60.

(2) Decis. Cass. 28 Luglio 1826 Sirey, 27, 60.

(3) Decis. Cass. 7 Frimaio anno X. Dalloz, 3, 263.

(4) Decis. di Angers, maggio 1829.

principio, anteriore a tutti i Codici, il quale proclama che dove non vi è volontà non può esservi reato ». Epperò, la sola conseguenza che debbesi tirare dal silenzio del Codice si è che l'imputato non sia più ammesso a proporre come scusa legale la sua buona fede; che questa scusa non debbe esser proposta al Giuri in quistione separata, ma va implicitamente compresa nella quistione di colpevolezza, e quando si provi questa buona fede l'imputato non è più colpevole.

Ma in che consiste questa buona fede? Evidentemente nella certezza in cui si trovava l'imputato di essere senza vincoli conjugali nell'atto che passava al secondo matrimonio, questa credenza è quella che può scusare il fatto. Epperò la Corte di Cassazione, sotto l'impero del Codice del 1791, dichiarava « che la buona fede di cui parla la legge consiste non nei motivi, comechè gravissimi, onde l'agente abbia potuto esser spinto alla celebrazione di un secondo matrimonio innanzi lo scioglimento del primo, ma in una ragionevole credenza in cui, per gravissima probabilità, si era d'esser stato disciolto il primo matrimonio (1).

Fermati questi principj ci è mestieri disaminare una quistione, che domina tutta questa materia, quantunque si attenga più all'istruzione criminale che al Codice Penale. Noi abbiamo stabilita la massima che l'esistenza del misfatto va subordinata alla validità del primo matrimonio, ed alla legalità del secondo. Or, quale è la giurisdizione competente a giudicare dell'uno e dell'altro matrimonio, allorchè sia impugnato dal giudicabile? Tale quistione, molto tempo controversa e variamente decisa dalla giurisprudenza, di presente non ammette più dubbio alcuno.

Primamente debbesi notare che qui non si tratta che di nullità opposta incidentemente dall'imputato nel corso del procedimento penale, come motivo d'inammissibilità dell'azione pubblica. E per fermo, l'è chiaro che se queste nullità sien proposte con azione principale, senza alcun riguardo al procedimento penale, non potrebbero essere dedotte che innanzi la giurisdizione civile.

Per regola generale ogni giudice, competente a giudicare di una lite dedotta innanzi

a lui, è competente a giudicare di tutte le quistioni che si elevano incidentemente nel corso del giudizio. Questa regola che poggia su la necessità di evitare i conflitti e le lungaggini nascenti dal rinviarsi una causa da una giurisdizione ad un'altra, era testualmente scritta nel diritto Romano: *Quoties quaestio status bonorum disceptationi occurrit, nihil prohibet quominus apud eum, qui aliquam super causa status cognoscere non possit, disceptatio terminetur* (2). Se si applicano questi principj alle materie criminali, ne conseguiva che il giudice, cui è attribuita la conoscenza di un delitto, debbe avere la facoltà di esaminare tutti i fatti elementari di questo delitto e di decidere su tutte le quistioni incidentali che vi hanno attinenza. Questa attribuzione accessoria non è che conseguenza necessaria della sua giurisdizione; la Corte di Cassaz. ha più volte proclamata questa massima nei termini più espliciti dichiarando: « che i tribunali criminali, incaricati d'istruire e decidere su i misfatti e delitti, hanno essenzialmente la facoltà di pronunciare su tutte le materie accessorie ed incidenti che vi hanno rapporto, e che la legge non esclude dalla loro giurisdizione; che essi sono anche competenti a pronunciare su le quistioni di diritto che nascono dalla istruzione e dalle difese delle parti, allorchè queste quistioni debbono modificare o aggravare il carattere del fatto e della pena; ancorchè per loro istituzione sieno incompetenti a pronunciare su queste stesse quistioni di diritto, considerate indipendentemente dal fatto criminoso, ed in un modo principale (3).

Questo principio però patisce molte eccezioni. Tali sono le quistioni pregiudiziali di proprietà; tali quelle risultanti dalla violazione di alcuni contratti civili, la cui disamina, in certi casi definiti dalla legge, debbe esser rinviata ai Tribunali civili innanzi che il Giudice criminale possa pronunciare del delitto. Debbonsi forse noverare tra queste eccezioni i mezzi di nullità che l'imputato di bigamia oppone al matrimonio da lui contratto?

Questa quistione debb'essere successivamente disaminata in rapporto a ciascuno dei

(1) Lib. 5, Cod. de iudiciis, ved. anche lib. 1. Cod. de ordin. jud.

(3) Decis. Cass. 27 Nov. 1818. Dallos. t. 6, p. 104. Sirey, 18, 59

(1) Decis. Cass. 21 Prim. anno XII.

due matrimoni. Rispetto il secondo matrimonio la Corte di Cassazione ha deciso che: quando questo matrimonio sia rivestito delle esterne formalità volute dalla legge, la sua nullità non distrugge il reato, quindi non vi è luogo a quistione pregiudiziale: l'esistenza del secondo matrimonio è il corpo del delitto; è il fatto su cui poggia l'accusa perciò nessun dubbio che la sua estimazione sia di competenza del Giurì. Nel secondo caso, cioè, quando non si mette in controversia la esistenza del matrimonio, quando abbia tutte le estrinseche forme di legge ma sia soltanto impugnato di nullità, può questa eccezione formar quistione pregiudiziale? La risposta debbe essere negativa. Pnre per giustificare questo opinione non debbesi dire con Merlin (1) e Mangin (2) « che il Giudice criminale sia competente a giudicare dei motivi di nullità che un accusato di bigamia può opporre al matrimonio da lui contratto innanzi lo scioglimento del matrimonio precedente, poichè questo matrimonio è quello che costituisce il misfatto cui la eccezione dell'accusato tende a far svanire ». Il vero motivo di andare a questa sentenza si è che la nullità di questo secondo matrimonio non fa necessariamente cessare la reità dell'agente; che per aversi il tentativo del reato di bigamia sia sufficiente la credenza in cui era l'imputato di contrarre un matrimonio valido ed il concorso, in questo matrimonio, delle estrinseche forme di legge. Di là ne conseguiva che la quistione della nullità del secondo matrimonio non può esser disgiunta dalla quistione della colpeabilità dell'agente; che queste due quistioni si confondono in una, e proponendosi al Giurì la quistione: se l'imputato sia colpevole di aver contratto un secondo matrimonio innanzi lo scioglimento del primo, stà inclusa la quistione: se realmente siasi contratto questo secondo matrimonio.

Anche la Corte di Cassazione implicitamente si è pronunciata di questo avviso. Un imputato di bigamia sosteneva che il suo secondo matrimonio fosse nullo perchè, nel momento in cui l'avea contratto, era morto civilmente, per effetto di condanna contumacia. Questo mezzo di difesa fu presentato

innanzi la Camera di Accusa sotto l'aspetto d'una quistione pregiudiziale, e questa Camera senza arrestarsi a tale eccezione pronunziò la sottoposizione ad accusa. L'accusato ricorse in Cassazione, ma la Corte rigettò il ricorso considerando: che in tempo del secondo matrimonio, cui il ricorrente è accusato di aver contratto innanzi lo scioglimento del primo, non era trascorso il termine di cinque anni dalla sentenza contumacia che lo dannava a morte; che perciò, ai termini dell'articolo 27 del Codice Civile (30 ll. cc.) e dell'articolo 476 Codice d'istruzione criminale, la morte civile non era ancora effettiva contro di lui, epperò il suo primo matrimonio non era disciolto allorchè fu contratto il secondo (3). Questa Decisione riconosce nella giurisdizione criminale il diritto di valutare e giudicare i mezzi di nullità eccepiti contro il secondo matrimonio.

Può forse dirsi lo stesso della nullità che l'imputato può eccepire avverso il primo matrimonio? Il Sig. Merlin, in una requisitoria emessa per la Decisione degli 11 agosto 1811 (4) ha risolta la quistione per la negativa, ed il suo avviso è stato adottato dal Sig. Mangin (5). Noi opiniamo che questa soluzione sia consona allo spirito e al testo della legge. Di fatti, giusta i termini dell'articolo 188 e 189 Codice Civile, il conuge a cui danno si è contratto un secondo matrimonio può domandarne le nullità, e se il conuge così convenuto in giudizio oppone la nullità del primo matrimonio, *la validità o nullità di questo matrimonio debb'esser giudicata preliminarmente*. Così, innanzi i tribunali civili la validità o la nullità di un primo matrimonio, costituisce una quistione di stato pregiudiziale, che debb'esser dedotta con istanza separata e la cui decisione deve precedere il giudizio relativo alla validità del secondo matrimonio. In questo senso appunto furono questi articoli spiegati dalla esposizione dei motivi del Codice Civile: «Un primo matrimonio, diceva il Sig. Portalis, contratto non validamente non può esser legale causa dell'annullamento di un secondo matrimonio valido; in conseguenza, la quistione

(3) Decis. Cass. 18 febb. 1819 (Bull. p. 79).
Dalloz, 3, 264. Sirey 19, 348.

(4) Report. di Giurisp. ved. *Bigamia*, N. 2.

(5) Tratt. dell'azione pubblica, n. 193 e seg.

(1) Rep. di Giurisp. v. *Bigamia*.

(2) Tratt. dell'azione pubb., N. 193 seg.

ne elevata su la validità del primo matrimonio sospende necessariamente la decisione sul secondo. Questa quistione è un giudizio preliminare che debb' essere spedito innanzi tutto ».

Or, se questa quistione ha il carattere di quistion pregiudiziale allorchè si eleva innanzi i tribunali civili, se debbe essere dedotta in una istanza principale quando è agitata incidentemente in un'azione di nullità contro il secondo matrimonio, deve certamente serbare lo stesso carattere ed esser giudicata nelle stesse forme, quando sorge per incidente in un'azion criminale; dappoichè non cangia di natura sol perchè è dedotta in una anzichè in un'altra giurisdizione; perciocchè sia che il conuge si difenda in un'azion civile, sia che si discolpi in un'azion penale, la sua difesa ha la stessa base, la nullità del primo matrimonio contratto. Se dunque in tal caso questa eccezione dee formare una istanza principale e pregiudiziale, non può esser diversamente nell'altra ipotesi; or, la giurisdizione criminale non può in nessun caso conoscere delle quistioni di diritto civile in linea di azion principale; essa non può giudicare che incidentemente al procedimento onde trovasi investita; uopo è dunque concludere che la estimazione della validità del primo matrimonio trascende i limiti della sua competenza, giacchè questa estimazione non può esser fatta per incidente. Questa giurisdizione dunque dee sostare dal giudizio sull'accusa di bigamia sino a che i tribunali civili abbiano pronunziato sulla validità del matrimonio. Gli articoli 326 e 327 del Codice civile (248 e 249 ll. cc.), collocati sotto il titolo della paternità e della filiazione, non fanno che ribadire questa idea del legislatore il quale non ha voluto abbandonare ai tribunali criminali la decisione delle quistioni di stato.

La Giurisprudenza è uniforme a questa dottrina. Un tale Barbier accusato di bigamia aveva eccepito, innanzi la Corte della giustizia criminale di Mont-Tonnerre, la nullità del suo primo matrimonio, sostenendo che questa nullità costituiva una quistione pregiudiziale che non poteva esser giudicata se non dai tribunali civili. La Corte di giustizia criminale, facendo dritto a questa declaratoria, avea pronunziato il rinvio della causa. Questa Decisione fu messa nel nulla da un primo arresto della Corte di Cassazione

la quale ha dichiarato: « che un matrimonio, contratto innanzi gli ufficiali incaricati dalla legge a riceverne l'atto, ha la presunzione legale di essere contratto regolarmente e forma un vincolo civile fino a che la nullità non sia stata pronunziata dai tribunali competenti; che per aversi il reato di bigamia e darsi luogo alle pene di questo reato sia sufficiente essersi contratto un secondo matrimonio innanzi che il primo fosse stato dichiarato nullo o disciolto legalmente per morte o divorzio; che la Corte della giustizia criminale di Mont-Tonnerre non avea altro debito se non di far dichiarare dal Giurì che l'imputato era avvinto dai vincoli di un precedente matrimonio allorchè avea contratto il secondo; che questi fatti, i quali non presentavano alcuna quistione di diritto, non potevano costituire alcuna quistione pregiudiziale che fosse della competenza del Tribunal civile e dovesse sospendere l'azione della giustizia criminale (1) ». Questa decisione contiene un doppio errore decidendo che il primo matrimonio debba esser tenuto per valido quando non sia stato annullato innanzi la contrattazione del secondo, e che la validità di questo primo matrimonio non costituisca una quistione pregiudiziale al penal procedimento. La Corte di Cassazione però ha riformata la sua giurisprudenza su questi due punti; portatosi innanzi ad essa novello ricorso per la stessa causa contro la decisione della Corte d'Assisa del Reno e Mosella, che avea giudicato come quella di Mont-Tonnerre, rigettò questo secondo ricorso con Decisione dichiarante: che all'apertura del dibattimento innanzi la Corte di Assisa, il difensore dell'accusato avea formalmente impugnata l'esistenza del primo matrimonio nè la impugnata Decisione avea avuto di ribattere tale deduzione dell'accusato; che stava parimenti in fatto non essersi presentato alcun atto di celebrazione di matrimonio; che in questo stato di cose avendo rinviata la causa innanzi i tribunali civili per far decidere la quistione pregiudiziale, elevata dal difensore dell'imputato intorno la reale esistenza del primo matrimonio, ha fatta una giusta applicazione delle disposizioni del Codice Civile (2) ».

(1) Decis. Cass. 1. marzo 1811.

(2) Decis. Cass. 25 luglio 1811.

La stessa quistione si è presentata u l'altra volta. Un tale di nome Moureau avea contratto un matrimonio nell'anno VI, e, mentre ancora durava il primo, contrasse un secondo nel anno VIII; da ultimo, quando il primo matrimonio si trovò disciolto per la morte della prima moglie, ne contrasse un terzo nel 1823. Tradotto in giudizio nel 1825 quando già il suo primo misfatto era coverto dalla prescrizione, egli eccepì la nullità del secondo matrimonio sul motivo che era stato contratto quando già ancora non si era disciolto il primo. La Corte di Cassazione, dopo un primo arresto a discrepanza di voti, decise: « che le nullità del matrimonio debbono, ai termini degli art. 187, 188 e 189 del Codice Civile (248 e 249 ll. cc.), esser portate alla disamina dei tribunali civili e solo da questi esser pronunziate e dichiarate (1) ». Questa decisione che delibesi però limitare alle nullità del primo matrimonio, ha fissato in questo senso la giurisprudenza.

Rimane solo ad esaminare se i giudici criminali sieno almeno competenti a giudicare, se l'imputato possa essere ammesso a giovarsi della nullità che oppone al suo primo matrimonio, e se, trovando questa eccezione totalmente insussistente, possano passare oltre alla istruzione ed al giudizio senza rinviar la causa ai tribunali civili. Pare che non si possa negar loro questa facoltà. « Delibesi, dice il Sig. Merlin, far distinzione tra i motivi d'inammissibilità opponibili ad un'azione già dedotta innanzi un altro tribunale, e quelli che si rapportano ad un'azione non ancora avanzata o pendente in un tribunale innanzi a cui sono proposte (2) ». In questo ultimo caso debbono essere esaminati dal giudice innanzi a cui si deducono, e da esso rigettati ove siavi motivo; altrimenti l'imputato potrebbe ad ogni passo arrestare l'azione pubblica proponendo i più insussistenti motivi d'inammissibilità. D'altra banda, è convenevole cosa che il giudice, cui l'imputato chiede che soprassegga dal giudizio, possa valutare se questa sospensione ha un motivo legale.

La giurisprudenza è rifermata su questo punto. Così, la Corte di Cassazione giudicava non esser sufficiente per far sospendere il procedimento, il semplice allegare che fa l'im-

putato di non aver mai contratto il matrimonio oppostogli e d'esser falso l'atto di celebrazione che se ne deduce in prova: Dappoichè per dare qualche colore di legalità a questo mezzo di difesa sarebbe stato mestieri che si fosse espressamente iscritto in falso contro questo atto di celebrazione, che non avendo ciò praticato il ricorrente aveasi precluso il diritto di dedurre per motivi di annullamento la violazione degl'art. 189 Codice Civile (249 ll. cc.) e 456 legge dei 3 Brumajo anno IV. (1). In un'altra causa la stessa Corte ha dichiarato: che la Camera di accusa abbia il diritto di esaminare se le nullità opposte dall'imputato al suo primo matrimonio sieno prescritte, o tali da potersene egli tuttor giovare. Questa Decisione porta: (che le nullità dedotte dal imputato avverso il suo primo matrimonio erano sanate, ai termini della legge dei 20 sett. 1792 e del Codice Civile; che perciò, rigettando l'eccezione attinta da queste pretese nullità; e mettendo il ricorrente in istato di accusa come imputato di bigamia, la camera di accusa non ha violato alcuna legge (3) ». Da ultimo, in altra causa la Corte di Cassazione ha parimenti deciso che l'imputato non sia ammissibile a proporre le nullità che non gli sono personali. Questa Decisione dichiara: che le nullità dedotte dal ricorrente, innanzi la Camera di accusa e la Corte di Assisa, avverso il suo primo matrimonio non erano assolute; che esse erano puramente relative ai suoi genitori dando ad essi il diritto di dimandare l'annullamento di questo matrimonio, che perciò, avendo la camera di accusa dichiarato espressamente e la Corte di Assisa giudicato implicitamente che l'imputato non era ammissibile a giovarsi di questa nullità per respingere l'accusa di bigamia, non violavano alcuna legge (4) ».

Ma il Giudice Criminale può mai far distinzione tra le nullità opposte dal imputato, sceverare quelle che sono *assolute* da quelle che son *relative*, e non ammettere che i motivi d'inammissibilità poggianti sulle prime? La Corte di Cassazione ha deciso tale quistione per l'affermativa (5), e due autori, il Sig. Bourguignon (6) ed il Sig. Car-

(3) Decis. Cass. 2 aprile 1807. Dalloz, 3 266, Sirey 7. 129.

(4) Decis. Cass. 8 agosto 1811.

(5) Decis. 17 Dicemb. 1812, Dalloz, t.3, p. 270.

(6) Tom. 1, p. 38.

(1) Decis. Cass. 16 gen. 1806. Sirey, 26, 370.

(2) Rep. di giurisprud. V. Bigamia n. 2.

not (1) hanno adottata questa sentenza. Il motivo su cui poggia questo avviso si è che la eccezione di una nullità relativa, ancorchè vi si faccia diritto, non può distrugger l'accusa, poichè se il matrimonio poteva esser disciolto da un giudicato reso su questa nullità, non cessa però d'esser valido fino a che questo scioglimento non sia pronunziato dai tribunali; che perciò sino a quel punto l'imputato trovavasi avvinto dai vincoli di un primo matrimonio quindi non vi era luogo nè a sospendere il procedimento, nè a rinviar la causa ad altri giudici per la disamina di una questione che non influiva alla decisione del merito della causa.

Il Sig. Mangin ha confutato questa distinzione, e a noi pare che il suo avviso meglio si accordi coi principj della materia.

Di fatti, per qual motivo interdirti all'accusato di dedurre una nullità relativa quando ancora non sia stata sanata? Questa nullità non può forse, del pari che la nullità assoluta, portare l'annullamento del matrimonio? E se questo matrimonio può essere annullato come diventerà la base di una condanna penale? Suppongasì che, innanzi d'istituirsì l'azione penale per bigamia, abbia egli in forza di questa nullità ottenuto lo scioglimento del matrimonio, come può mai quest'azione es-

sere messa in esercizio? Suppongasì che l'annullamento intervenga nel corso del procedimento penale, non deve forse questo tosto arrestarsi? Or, se l'annullamento fa svanire il reato, come mai l'eccezione di una nullità che può produrre questo annullamento non sospenderà il corso della procedura? Si obietta che il matrimonio viziato da semplice nullità relativa ha la presunzione di validità fino a che non sia disciolto; ma non vi è forse la stessa presunzione riguardo i matrimoni viziati da nullità assoluta? Non vi è forse bisogno di un giudizio per fare dritto a questa nullità e dichiarare la non esistenza del matrimonio. In entrambe le ipotesi i giudici civili non fanno che dichiarare una nullità sussistente in tempo del secondo matrimonio e perciò distruttiva del reato di bigamia; l'eccezione attinta da questa nullità, sia assoluta o relativa, dato che può produrre l'annullamento del matrimonio, costituisce una questione pregiudiziale che dee portare la sospensione del giudizio penale.

In iscorcio, se le semplici deduzioni dell'imputato, relative alle nullità che viziavano il suo primo matrimonio, non sono sufficienti per stringere il giudice penale a soprassedere dal giudizio; se è inoltre necessario che la nullità dedotta rientri nei casi preveduti dalla legge, e che l'imputato sia ammissibile a proporla, la missione di questo giudice non si estende mica fino a distinguere la natura di questa nullità, ed egli non può, senza eccesso di potere, negarsi a sospendere il procedimento, sotto pretesto che questa nullità non sia che relativa, e che la dichiarazione di questa nullità non possa avere effetto retroattivo su fatti già consumati.

Noi abbiamo dovuto intrattenerci ad esaminare queste difficoltà, quantunque pare che esse si attengano piuttosto alla procedura, dappoichè esse in pari tempo si rannodano con gli elementi del reato, e però la loro disamina ci è valsa a fissare con miglior precisione questi elementi. Quanto alle altre questioni che nascono del pari dal procedimento penale per bigamia, ma che sono esclusivamente relative alle forme di questo procedimento, esse sono estranee al nostro lavoro nè debbono tenerci qui occupati.

(1) Tom. I, p. 93.

(*) Nella leggi delle Dua Sicilie non vi è scioglimento di matrimonio per morte civile, perchè lo considerano indissolubile secondo i dettami del Diritto naturale ed evangelico, giusta la dottrina dell'Apostolo: Is qui matrimonio juncti sunt, praeceptio, non ago, sed Dominus uxorem a viro non discedere; quod si discesserit, manere inuoluptum, aut viro suo reconciliari. Ad Cor. cap. 7. Quae sub viro est mulier, vivente viro, alligata est legi. Igitur vivente viro, vocabitur adultera si fuerit cum altero viro: ad Roman. 7. a. E poi manifesto che essendosi stabilita divinamente la religione cristiana furono distinti e separati i dritti dell'impero e del Sacerdozio, cosicchè ora non è permesso che l'impero possa invadere i dritti del Sacerdozio e pretendere regolare le cose della Chiesa intorno agli impedimenti dirimenti al matrimonio: A piena convinzione ripeteva l'Imperatore Basilio nella novella 83. Laico cuiusque nulla ratione de Ecclesiasticis causis disputandi, fas esse dico.

CAPITOLO XV.

DEGLI ARRESTI ILLEGALI E SEQUESTRI DI PERSONE.

Carattere del misfatto di CARCERE PRIVATO nella legislazione Romana e nel nostro antico diritto — Confusione comune a queste due legislazioni in ciò che concerne gli abusi di potere dei funzionari e gli attentati dei semplici cittadini — Distinzione formata dal Codice Penale tra queste due categorie di fatti — Definizione del misfatto di arresto illegale — Elementi che lo costituiscono — La legge non richiede il concorso simultaneo dei fatti di arresto, detenzione e sequestro — In quali casi l'arresto o la detenzione è illegale — Se sia sufficiente che il Giurì dichiari questa illegalità senza menzionare i fatti che la costituiscono — In quali casi può esser legale l'arresto o la detenzione — I funzionari pubblici che commettessero un arresto o una detenzione illegale, fuori i casi di loro funzioni, vanno mai soggetti alle pene comminate dall'articolo 341 (169)? Dei complici di questo misfatto in generale — Della complicità per aver prestato il luogo alla consumazione del reato — Circostanze attenuanti — Durata dalla detenzione per meno di 10 giorni — Questa circostanza, accoppiata all'altra d'essersi volontariamente data la libertà alla persona arrestata, costituisce una scusa legale — Questa scusa è limitata ai fatti specificati dall'articolo 341 (169) — Circostanza aggravante risultante dal prolungarsi la detenzione per più di un mese — Dell'uso di una falsa divisa di pubblica autorità, del falso ordine o nome di quest'autorità — Delle minacce di morte — Dei tormenti corporali — Caratteri di queste diverse circostanze aggravanti — Commentario degli articoli 341, 342, 343 e 344 Codice Penale (art. 168, 169, 170, 171 e 172 LL. p.)

Il misfatto di carcere privato era dal diritto Romano classato tra i misfatti di *lesa maestà*, perchè in esso vedevasi una usurpazione di potere; perchè tenevasi come offesa al Principe l'esercizio di un atto di esclusivo suo potere, qual era quello di privare un cittadino della sua libertà: *Personarum custodia ad solum principem pertinet* (1), Tanto era il rigore di questa legislazione che la pena di morte e quella della confiscazione dei beni, applicabili entrambe ai misfatti di *lesa maestà*, erano estese agli stessi governatori delle province che avessero negl'gentato di reprimere qualche detenzione illegale: *Et quicumque provinciae moderator, majestatis crimen procul dubio incururus est, qui cognito hujusmodi scelere, laesam non vin-*

dicaverit majestatem (2). Queste pene furono mitigate da una costituzione di Giustiniano la quale vi sostituì una detenzione in un carcere pubblico di durata uguale a quella inflitta dal colpevole: *Constitutio habet privatas custodias non fieri, et eos qui facerint poenae subiecti et tot dies manere in publico carcere quot fuerit quis in privato ab eis inclusus* (3).

Questa legislazione però confondeva nelle stesse disposizioni l'abuso di potere dei funzionari, che detenevano i cittadini in luoghi diversi dalle prigioni pubbliche, ed il misfatto delle persone che per vendetta, o per tutt'altro motivo attentavano alla libertà delle persone. Ed invero, il testo della legge

(1) L. 9. Dig. ex quibus caus. maj.

(2) Leg. 1 Cod. de privatis carceribus.

(3) L. 2, ibid.

si applica ad entrambe queste ipotesi: *Iubemus nemini penitus licere in quibuslibet imperiis nostri provincis vel in agris suis, aut ubicumque domi, privati carceris exercere custodiam* (1). Nondimeno vi erano delle eccezioni: 1° in favore di quelli i quali non avessero fatto che esercitare una potestà legale sulle persone detenute: *Is tamen qui in potestate habet, hoc interdictum non tenetur*, quia dolo malo non videtur habere qui iure suo utitur (2); 2° in favore dei parenti e magistrati che facessero tenere in custodia i pazzi furiosi: *Furiosus si non possint per necessarios contineri eo remedio per praesidem obviam eundum est, scilicet ut carcerem contineantur, et ita Divus Pius rescripsit* (3).

Questa legislazione fu per molto tempo applicata in Francia, e Mnyart de Vouglans cita anche una Decisione del Consiglio dei 19 Novembre 1608 che proibiva, pena la morte, di detenere persona alcuna nelle case private (4). Ma due disposizioni, benchè incomplete, dell'ordinanza del 1670 su questa materia fecero riguardare come inapplicabili le leggi Romane: L'articolo 10 del titolo 2° di questa Ordinanza portava: Proibiamo ai preposti di tener carcere privato nelle loro case o altrove, sotto pena d'esser privati della carica. « L'articolo 16 del titolo 10 aggiungeva: Tosto che abbia luogo l'arresto di un imputato sarà immediatamente condotto nelle prigioni, senza poter essere detenuto nelle case private, sotto pena d'interdizione pei prevosti, uscieri e sergenti, di mille lire di ammenda a prò del fisco, e dei danni-interessi a prò delle parti. Queste disposizioni rapportavansi soltanto agli abusi di potere degli ufficiali di giustizia, serbando silenzio su gli attentati dei particolari. « Perciò bisogna concludere, dice Mnyart de Vouglans, che la legge abbandona la punizione di questi all'arbitrio dei giudici (5). « Questa era anche la giurisprudenza delle Corti.

Il misfatto di carcere privato commettevasi, al dir di Iousse, ogni qualvolta con

violenza si tenesse qualcuno rinchiuso in una camera o altro recinto privato, o quando lo si facesse guardare a vista per non farlo uscire, senza avere alcuna legale autorità a far ciò; da ultimo, quando si tenesse legata o incatenata qualche persona in una camera (6). La pena era più grave se alle persone detenute fossero inflitti tormenti o supplizj (7). Ma la giurisprudenza avea, come la legge Romana, fatte delle eccezioni a riguardo di coloro che avessero arrestati dei malfattori in flagrante delitto; a riguardo dei padri e dei mariti che potevano detenere i loro figli e le mogli per fine di correzione; da ultimo, a riguardo dei parenti che potevano tener chiusi i loro parenti dementi o furiosi (8).

Il nostro Codice Penale ha distinti gli attentati alla libertà commessi dai funzionari pubblici da quelli commessi dai semplici privati: i primi sono risguardati come misfatti contro la costituzione (amministrazione pubblica) e preveduti dall'art. 114 (234) gli altri vanno noverati nella classe dei reati contro le persone. Nel nostro commentario sull'articolo 114 (234) abbiamo rilevate le gradazioni di reità che distinguono questi due fatti, ed assegnato loro un grado diverso nella scala penale (9).

L'oratore del governo, spiegando l'articolo 341 (169) diceva: qui non trattasi degli arresti illegali commessi da funzionari pubblici; questa materia va governata dal titolo 1 lib. 3. (lib. 2, tit. 4. II. p.). Le disposizioni che ora vi si presentano non riguardano che gli attentati alla libertà commessi dai privati.

L'articolo 341 (169) definisce in questi termini il misfatto di arresto illegale: Sarà punito coi lavori forzati a tempo (1 grado dei ferri nel presidio) chiunque senza ordine delle autorità costituite, e fuori i casi nei quali la legge autorizza i privati all'arresto degli incolpati, arresti, detenga o sequestri qualsivisa persona (10).

(6) Tratt. delle quist. crim. tom. 3. p. 283; Farinacio, quist. 27, n. 8.

(7) Farinacio, quist. 27, n. 11; Iousse, tom. 3. p. 284.

(8) Iousse, t. 3. p. 289; Damudero, cap. 64, n. 2.

(9) Ved. tomo 2, p. 104 e 105.

(10) Quelli che ricevono e detengono una perso-

(1) Leg. 1. *ibid.*

(2) L. 1. § 2, Dig. de homine libero exhibendo

(3) Leg. 13 Dig. de officio Praesidis.

(4) Leg. crim. p. 155.

(5) Leg. crim. p. 155.

Uopo è distinguere in questo misfatto il fatto materiale dalla sua moralità. Il fatto materiale può consumarsi per tre modi distinti, per l'arresto, per la detenzione, o pel sequestro di una persona. Ed in vero, la legge enunciando questi tre fatti diversi non ha subordinata la repressione di ciascuno di essi al concorso degli altri due; sono questi tre misfatti analoghi che possono concorrere in uno, o presentarsi isolatamente, ed in entrambe le ipotesi vanno egualmente compresi nelle disposizioni dell'articolo. La Corte di Cassazione ha sanzionata questa interpretazione dichiarando: che queste espressioni indicano tre specie di misfatti i quali, comechè analoghi, possono esistere isolatamente e sono egualmente punibili e preveduti dall'articolo 341 (169); che in effetti, l'arresto illegale può stare come misfatto senza esser seguito da detenzione e sequestro, i quali due ultimi fatti costituiscono da loro dei reati distinti che rientrano nella previsione del citato articolo(1)». Così, può una persona essere momentaneamente arrestata senza venir chiusa in un luogo qualunque; può esser detenuta nella propria casa senza che sia stata precedentemente arrestata; da ultimo, può questa persona essere sequestrata in un luogo solitario; or, questi tre atti identici pei loro caratteri, differenti per la loro forma costituiscono dei misfatti indipendenti l'uno dall'altro, ma si confondono nella stessa imputazione.

Così, applicando questa interpretazione si è giudicato che la sola detenzione di un fanciullo, operata dai suoi genitori in una parte della loro abitazione, presentava i caratteri di questo misfatto (2). La Corte di Grenoble ha potuto del pari decidere, in virtù dello stesso principio, che l'essersi un attrupamento sedizioso recato nella casa del capo della forza pubblica, l'aver occupate le porte interne, ed impedito che questo funzionario potesse in alcun modo aver comunicazioni col di fuori, rientrava nei termini della legge (3).

In generale, perchè una persona possa riguardarsi come arrestata o detenuta è sufficiente che non abbia potuto ritirarsi liberamente: *Generaliter quoeumque modo quis inclusus seu non inclusus cum vinculis vel sine vinculis retinetur, ut tamen recedere non possit, semper dicitur sub carcere privato inclusus* (4). Gli antichi autori parimenti opinavano che il reato poteva risultare dal solo fatto di aver ritenuto un individuo nella strada in modo che non sia stato in sua libertà l'allontanarsi: *Carcer privatus committitur in eum qui retinetur in via taliter quod recedere non possit* (5).

La moralità del fatto sta nella illegalità della detenzione: la legge richiede che sia commessa senza ordine delle autorità costituite e fuori i casi nei quali la legge autorizza di arrestare gli incolpati.

Si è fatta quistione sul punto di sapere se queste espressioni sieno sacramentali e se basti proporre la quistione: la detenzione è stata illegale? La Corte di Cassazione in una causa nella quale erasi adoperata questa espressione, ha risposto: che proponendo al Giuri la quistione: se l'accusato fosse colpevole di aver detenuto o sequestrato illegalmente la propria figlia, la Corte di Assisa avea sufficientemente notati i caratteri del misfatto; che certamente sarebbe stata cosa più regolare proporre la quistione con gli stessi termini dell'articolo 341 del Codice Penale (169 II. p.) e decidere se la detenzione o sequestro avesse avuto luogo senza ordine delle autorità costituite e fuori i casi nei quali la legge autorizza l'arresto degli incolpati; che essendo però l'articolo 341 (169) collocato sotto la rubrica *arresto illegale o sequestro della persona* ne veniva che, dichiarando l'arresto illegale, il Giuri ha dichiarato aver esso avuto luogo senza ordine delle autorità costituite (6)». La Corte di Cassazione, ancorchè non avesse dichiarata nulla la proposta della quistione pure non potè disconvenire che sarebbe stata cosa più regolare il valersi delle parole della legge, noi ci avvisiamo che questa sola era la via legale. Cosa è mai un arresto o una deten-

na arrestata, in un luogo di detenzione non pubblicamente o legalmente designato come tale, sotto colpevoli di detenzione arbitraria. Liegi 19 giugno 1827.

(1) Cass. 27 Sett. 1838.

(2) Cass. 19 Giugno 1838.

(3) Grenoble. 17 aprile 1832.

(4) Farinacio, quist. 27, N. 11. *Paria enim sunt, ha detto Damudero, cap. 64, n. 3; quempiam vincula esse vel sub cuius odia datis fideiussoribus.*

(5) Farinacio, luogo citato; Giulio Claro, n. 94. p. 246.

(6) Cass. 19 Giugno 1828.

zione illegale? Quali mezzi hanno i Giurati per esaminare e risolvere tale quistione? la legge ha voluto agevolare questa disamina con definire il reato; l'arresto illegale è quello che ha luogo senza ordine delle autorità costituite e fuori i casi nei quali la legge autorizza l'arresto degl' incolpati; allorché non si mette innanzi i Giurati questa definizione non solamente si sconosce il fine della legge, ma si mettono i Giurati nel rischio di cadere in errore conducendoli alla necessità di decidere un punto di diritto, d'indagare quando un arresto sia o non sia illegale, di prendere per elemento del reato una opinione forse poco esatta.

Abbiamo precedentemente enumerati i funzionari cui la legge delega il diritto sia di ordinare sia di eseguire un arresto (1); i semplici cittadini non possono esercitare un tal diritto che in ben pochi casi. Uno di questi casi è preveduto dall'articolo 106 del Codice d'Istruzione criminale (50 ll. p. p.) che concede *ad ogni persona* il diritto di arrestare l'incolpato sorpreso in flagrante delitto o perseguitato dal pubblico clamore, e di condurlo innanzi il Procuratore del Rè senza che vi sia bisogno di mandato di accompagnamento se il fatto porti a pena afflittiva o infamante: i privati possono anche concorrere in questo caso all'arresto sulla richiesta degli agenti della forza pubblica. L'arresto e la detenzione è anche permessa in un altro caso, cioè, quando si detenghino persone affette da alienazioni mentali; la legge dei 30 Giugno 1838 su i dementi parla della loro reclusione in stabilimenti pubblici o privati; l'articolo 19 della legge dei 19—22 Luglio 1791 e l'articolo 475 n. 7 Codice Penale (articolo 461 n. 12 ll. p.) statuiscono delle pene contro coloro che lasciano vagare i matti o furiosi, dal che debbesi concludere che i genitori, naturali custodi di queste persone, hanno il diritto di detenerle. Da ultimo, non puossi fino a certo punto negare ai padri, alle madri, ai tutori, ai maestri agli istitutori il diritto di detenere in linea di correzione i propri figli o i fanciulli confidati alla loro cura. Essi non potrebbero andar soggetti alle pene legali che sol quando questa detenzione trascendesse i limiti di una moderata correzione e vestisse le sembianze di crudeltà e di persecuzione.

Qui si presenta un'astrusa quistione: In qual caso un marito può essere incolpato del sequestro commesso in persona della propria moglie? Tutta la difficoltà stà nel definire i veri limiti dell'autorità del marito; alcuni dottori decidevano nell'antico diritto che il marito avesse la facoltà di tener sua moglie in carcere privato. *Marito uxorem castigare, carcere mancipare, ad jejunia cogere, castigare licet* (2). Lousse è tra quelli che gli danno questo diritto (3). Altri autori accordando al marito il diritto di correzione, gli negano il mezzo della detenzione: *Licet marito uxorem delinquentem leviter corrigere, at non in carcerem aut vincula conjungere* (4). Non puossi dubitare che sotto l'impero della nostra nuova legislazione il marito non abbia nè il diritto di correzione nè quello di detenzione. Il matrimonio è una società nella quale i due coniugi con disuguale autorità hanno diritti uguali. L'autorità del marito è tutta morale, essa si reca in alto con la manifestazione della sua volontà, con l'influenza della sua ragione, del suo senno; la legge gli ha negato il diritto di sanzionare quest'autorità con vie di fatto. L'articolo 231 del Codice Civile (220 ll. cc.) tra le cause di separazione personale novera gli eccessi, le sevizie ed anche le ingiurie gravi; l'art. 311 del Cod. Pen (356 a 361 ll. p.) non ha fatto, come abbiain visto, nessuna eccezione in favor del marito allorché commina le pene contro gli autori di violenze gravi. Il sequestro, cui il marito assoggettasse sua moglie, può dunque andar soggetto ad azione penale; nondimeno debbesi notare che in questo caso i caratteri del misfatto sono più difficili ad essere provati; che non sarebbe sufficiente essersi dal marito adoperata la sua autorità per confinare sua moglie tra le domestiche pareti, ed interdirla ogni comunicazione esterna, essendo inoltre necessario che nel suo fatto vi concorra la intenzion criminosa, gli elementi del sequestro punibile, cosa ben difficile ad avverarsi a meno che non siesi adoperata la violenza, *modo vim inferat*.

Epperò due elementi sono necessari per dare vita al reato: 1° un fatto di arresto o di detenzione; 2° La illegalità di questo ar-

(2) Damuderio cap. 64, n. 8.

(3) Tratt. delle mal. crim. tom. 3. p. 289.

(4) Glos. in leg. 8. Cod. de repudiis.

(1) Ved. il nostro tom. 2, p. 29.

resto o detenzione. Concorrendovi simultaneamente questi due fatti si apre l'adito all'applicazione dell'articolo 341 (169).

Grave questione però elevasi in rapporto alle persone che vanno soggette a questa applicazione. La Corte di Cassazione con arresto dei 5 Novembre 1812 ha deciso « che giusta i termini generali con cui stà concepito l'articolo 341 del Cod. Pen. (169 ll. p.) la sua applicazione debb' estendersi indistintamente a tutti coloro che si trovano nei casi preveduti dallo stesso articolo (1) ». La stessa Corte in un'altra decisione dei 23 Maggio 1835 ha dichiarato in termini più espliciti: « che la disposizione dell'articolo 341 del Codice Penale (169 ll. p.) è speciale in quanto ai fatti di arresto o sequestro arbitrario, e generale rispetto le persone che se ne rendono colpevoli; che perciò non essendovi espressa altra disposizione derogatoria, vi si debbe riguardar compreso ogni agente della forza pubblica che procedesse a degli atti di questa natura; che l'articolo 114(234) in nulla deroga all'articolo 341 (169); che in effetti nel primo di questi articoli non si parla mica di arresto illegale, quindi ogni qualvolta vuolsi trovare la corrispondente penalità debbesi far ricorso alla sezione che li ha specificati e non a quella che ha in un modo indeterminato preveduti gli atti arbitrari sia contro la libertà individuale, sia contro i diritti civili di uno o più cittadini, sia contro la Carta (2). »

Questo assoluto pareggiamento dei funzionari a' semplici cittadini ci pare privo di fondamento e contrario allo spirito della legge. In altro capitolo (3) noi abbiám rifermata la notevole differenza che scevera la reità di questi agenti nella esecuzione dello stesso fatto; e nel cominciamento di questo capitolo abbiám riportate le parole dell'oratore del governo il quale proclamava che l'articolo 341 (169) si applica solamente agli attentati contro la libertà commessi dai privati. Qui aggiungiamo che nell'economia generale del Codice il legislatore ha distinti, per applicarvi distinte pene, gli stessi misfatti secondo che sono commessi dai funzionari o dai semplici privati; che in conseguenza di tal sistema la legge ha preveduti nell'ar-

ticolo 114 (234) gli atti attentatori alla libertà individuale di uno o più cittadini allorchè sono commessi da un funzionario pubblico, agente o preposto del governo; che questa imputazione comprende evidentemente i fatti di arresto, di detenzione o di sequestro illegale, dappoichè questi fatti sono veri attentati alla libertà individuale, e che sarebbe strana cosa applicar successivamente allo stesso atto, a seconda del volere dei giudici, or l'una or l'altra di queste diverse disposizioni.

La questione però cangerebbe aspetto se l'arresto o la detenzione illegale fosse stata commessa dal funzionario pubblico fuori le sue funzioni; dappoichè quando egli non opera in forza delle sue funzioni queste cessano di garantire i suoi atti; egli non commette più un abuso di potere, ma agisce come un privato senza essere rivestito di alcuna autorità. La detenzione che egli comanda diventa un misfatto comune; i motivi che l'hanno spinto stanno non più in un eccesso di zelo, nel traviamiento di un dovere mal compreso, ma nelle passioni dell'uomo. Il carattere del fatto non è più lo stesso, la pena debb' essere aggravata; debbe andar sotto l'applicazione dell'articolo 341 (169).

Il principio di diritto, che assoggetta tutti i complici di un misfatto alle stesse pene degli autori principali (a), si estende al misfatto di detenzione illegale come a tutti gli altri; questa complicità va costituita da tutti i modi enumerati nel articolo 60 del Codice Penale (74 ll. p.). A questi diversi modi però l'articolo 341 (169) ne aggiunge un altro: chiunque, dice il secondo paragrafo dell'articolo, prestò il luogo per eseguire un tale arresto o sequestro andrò soggetto alla stessa pena. La legge, nel fatto di prestare il luogo acconcio per la detenzione, ha visto in certo modo la somministrazione di un istrumento necessario per consumare il reato. Debbesi però aggiungere con l'articolo 60 del Cod. Pen. (74 ll. p.) che chi presta il luogo debbe aver scienza dell'uso a cui questo luogo era destinato; in questa scienza appunto poggia tutta la reità dell'azione.

Fin qui ci siamo occupati del misfatto principale di arresto o detenzione illegale, e dei fatti che lo costituiscono. Questo misfatto

(1) Journ. du palais, 3 ediz. tom. 10, p. 779.

(2) Giorn. del diritto crim. 1832 p. 134.

(3) Ved. tom. 2, p. 104 e 105.

(a) V. la differenza per la leg. delle Due Sicilie nel tom. 1, p. 192.

però può essere accompagnato da circostanze che attenuano o aggravano il suo carattere; quindi ci facciamo ora alla disamina di esse.

L'articolo 343 (172) è così concepito: « La pena sarà ridotta alla prigionia di due a cinque anni, se i colpevoli dei reati menzionati nell'articolo 341, pria di essere processati di fatto, abbiano renduta la libertà alle persone arrestate, sequestrate o detenute, prima del 10 giorno compiuto dopo quello dell'arresto, detenzione o sequestro; potranno però esser sottoposti alla sorveglianza dell'alta polizia per la durata di cinque a 10 anni ».

La esposizione dei motivi del Codice motivava questa attenuazione nei seguenti termini: « Il Codice impertanto rimette molto del suo rigore verso il colpevole, e consente che egli sia condannato a semplici pene di polizia correzionale se innanzi di compiersi il decimo giorno abbia renduta la libertà all'arrestato. Allora la legge, in grazia di tal pentimento, commuta la pena ed ama sperare che questo fallo sia piuttosto figlio di momentanea allucinazione anziché di avveduto fine criminoso; trascorso poi il decimo giorno essa non dubita più della perversità delle mire del colpevole e diventa inflessibile ».

Due requisiti son dunque necessari perchè possa aver luogo quest'attenuazione. Il mestiere che la detenzione sia durata meno di dieci giorni, e che la libertà sia stata renduta alle persone arrestate, detenute o sequestrate innanzi che i colpevoli sien stati *perseguitati di fatto*. Queste ultime parole debbono essere intese nel senso che per perdersi il beneficio di questo articolo non sia sufficiente essersi iniziato un procedimento contro il reato, ma sia ancor necessario che l'azione sia diretta espressamente contro i colpevoli o contro qualcuno di essi (a).

(a) Questa conseguenza non può applicarsi alle leggi penali delle Due Sicilie poichè alle parole: *pria che i colpevoli sien perseguitati di fatto* hanno sostituite le espressioni: *pria di aprirsi un procedimento*, il che importa iniziativa di procedura *pel reato* senza designazione delle persone prese di mira col procedimento.

Perchè si accordi il beneficio di questo articolo le toggi penali delle Due Sicilie richiedono un'altra condizione, cioè, che i colpevoli non abbiano conseguito l'intento per cui sia stata la persona arrestata, detenuta o sequestrata. La libertà

Allorchè nel fatto concorrono i due discorsi requisiti costituiscono una scusa legale, che può essere invocata dall'accusato quando non risulti dall'atto di accusa, e debbe esser proposta al Giuri in apposita quistione (1).

È mestieri però notare che questa scusa non si estende che ai soli delitti menzionati nell'articolo 341 (169); da ciò ne consegue che allorchando il misfatto sia stato commesso con una delle circostanze prevedute dall'articolo 344 (170 e 171) l'accusato non è più ammesso a giovarsene: la detenzione allora trae dalle circostanze che l'accompagnano un carattere talmente grave che la stessa sua breve durata non può attenuarne la pena (b).

La detenzione illegale può essere accom-

data dopo raggiunto lo scopo dell'arresto non è più figlia di quel pentimento che merita i riguardi della legge; non può dirsi allora sospeso il corso del delitto, poichè, conseguito l'intento per il quale eseguivasi l'arresto o il sequestro, il delitto è consumato in tutta la sua essenza, quindi non vi è più motivo ai favori della legge.

Da ultimo è da notarsi che l'attenuazione conceduta da questo articolo cangia la natura del reato da misfatto in delitto, così ha giudicata la Corte Suprema li 3 febbrajo 1834 nella causa di Niccola di Minno. (*Edit. Nap.*)

(1) Decis. Cass. 19 Giugno 1828.

(b) Tale quistione è presso di noi risolta in senso opposto con Ministeriale de' 13 novembre 1819 così concepita: « L'articolo 172 delle Leggi penali riduce al terzo grado di prigionia la pena dell'arresto o sequestro illegale della persona, nel caso che il colpevole ponga in libertà il detenuto prima del terzo giorno da quello dell'arresto. La disposizione di quest'articolo si riferisce ai precedenti articoli 169, 170 e 171 delle indicate leggi penali, giacchè tutte si occupano dell'arresto o sequestro illegale delle persone. È vero che gli articoli 170 e 171 considerano nel reale le qualità aggravanti; ma ciò non deve impedire la riduzione delle pene accordata dall'articolo 172 in grazia del pentimento del colpevole. Il legislatore ha voluto creare un interesse personale per provvedere alla pronta liberazione e talvolta alla salvezza dell'arrestato. Questo principio non altera la proporzione delle pene, giacchè se le qualità aggravanti che si considerano negli articoli 170 e 171, costituiscono un misfatto, il giudice applicherà in forza dell'ultima parte del suddetto articolo 172 la pena sanzionata per i misfatti, se poi costituiscono un delitto il giudice dovrà averne conto nel determinarne la durata del terzo grado di prigionia alla quale si dee discendere ai termini del citato articolo » vedi Supplemento alla collezione delle leggi, vol. 1. del 1820, pag. 17. (*Edit. Nap.*).

pagnata da molte circostanze aggravanti, che derivano dal prolungamento della sua durata, dai mezzi adoperati per commettere il misfatto, dalle violenze e dagli atti di barbarie commessi sulla vittima.

L'articolo 342 (170) è così concepito: se la detenzione o sequestro sia durato più di un mese la pena sarà quella dei lavori forzati perpetui (2 al 3 grado dei ferri nel presidio per le leg. pen.). Così, ai termini dell'art. 343, fino al decimo giorno la pena può essere puramente correzionale; dall'undecimo fino al trentesimo il colpevole va soggetto ai lavori forzati a tempo; trascorso il mese la pena diventerà perpetua. « La legge non vede più allora nel colpevole, giusta la esposizione dei motivi, che uno scellerato talmente ostinato, talmente rotto al vizio, che sarebbe una piaga per la società se potesse per avventura rientrare nel di lei seno; quindi essa gli dà un bando perpetuo.

I colpevoli sono parimente puniti coi lavori forzati perpetui (2 al 3 grado dei ferri nel presidio per le leg. pen.) in ciascuno dei due casi seguenti preveduti dall'articolo 344 (171) « 1 se l'arresto sia stato eseguito con falsa divisa, sotto un nome falso, o con falso ordine di pubblica autorità; 2 se l'individuo arrestato, detenuto o sequestrato sia stato minacciato di morte » (a).

Nella discussione della legge dei 28 aprile 1832 uno dei Pari avea domandato cosa significassero le parole: *falsa divisa*; Il sig. Guarda-sigilli rispose: « Il pensiero che ha dettato questo articolo si fu di punire l'individuo che prendendo sia un falso nome sia una falsa divisa, o invocando un falso ordine abbia voluto far credere che egli agiva come depositario dell'autorità pubblica ». Il Commissario del governo aggiungeva: « Non a caso si è messa nell'articolo *la divisa* e non già *una divisa*; con ciò si è schivato ogni equivoco. In fatti, ciò che la legge avea in mira fu *la divisa* dell'autorità pubblica usurpata per facilitare la esecuzione del misfatto. È questa la circostanza che, giusta l'espressioni della esposizione dei motivi, dà all'arresto un tal carattere di gravità che la legge lo considera allora come un atto di brigantaggio. Così non sarebbe sufficiente che l'accusato avesse commesso il mi-

sfatto sotto nome o divisa non sua, ma è mestieri che abbia preso il nome e la divisa di un ufficiale pubblico; è questa la intenzione della legge che ha voluto prevenire l'uso di questo mezzo tanto più pericoloso quanto più efficace a consumare un arresto; d'altra banda solo questa interpretazione può giustificare l'aggravazione della pena.

Le minacce di morte costituiscono un terzo motivo di aggravamento, o che sieno fatte nell'atto dell'arresto o che sieno praticate durante la detenzione. La legge non richiede punto, come nell'articolo 305 (161), che le minacce sieno fatte sotto condizione; dirette oralmente ad un detenuto furono dalla legge riguardate come violenza, come una specie di tortura morale, e fu appunto questo atto di barbarie che essa volle punire. Ma il legislatore non ha dato questo carattere che alle sole minacce di morte; tutte le altre, ancorchè facciano temere d'esser recate in atto, non valgono ad aggravare il reato.

Il quarto motivo di aggravazione è preveduto dall'ultimo paragrafo dell'articolo 344 (171): La pena sarà la morte se le persone arrestate, detenute o sequestrate siano state soggette a tormenti di corpo » (b).

Prima che si pubblicasse la legge dei 18 aprile 1832 s'infleggeva la pena di morte anche quando si fossero usate insegne di autorità o fatte minacce di morte; questa legge però ha serbata tale pena pel solo caso di *tormenti di corpo* che essa ha riguardato come una specie di assassinio. Tale è anche la qualificazione che questi atti hanno ricevuto nell'articolo 303, ma in entrambe le ipotesi di questi due articoli non si è data definizione di questi tormenti, quindi la valutazione di questi atti è abbandonata alla coscienza dei giudici e Giurati (1). Nondimeno, non debbe perdersi di vista che si tratta di *tormenti di corpo*, e in conseguenza di fatti materiali, e che questi fatti inoltre debbono avere un qualche carattere di gravità,

(b) L'articolo 171 delle leggi penali che corrisponde a tale disposizione è così concepito: Se concorrendo nel arresto o nel sequestro uno dei caratteri espressi nell'articolo precedente le offese sieno del genere di quelle che costituiscono un misfatto o sieno state eseguite con tormenti di corpo, la pena sarà quella del quarto grado dei ferri.

(1) Ved. nostro tom. 3, p. 111.

(a) Le leg. dette Due Sicilie aggiungono: o *offeso nella persona*.

mentre il legislatore li pareggia all'assassinio.

Pria di abbandonare questa materia giova mettere a disamina una quistione. Il complice che ha prestato il luogo per la detenzione deve forse partecipare dell'attenuazione e dell'aggravazione meritata dall'autor principale? Qui è necessaria una distinzione. Per massima generale ciascuno non deve rispondere che delle proprie azioni; colui che scientemente ha prestato il luogo per eseguire una detenzione è responsabile del fatto di questa detenzione, poichè è concorso a fornire gl'istrumenti necessari per eseguirla, quindi se n'è renduto complice; questa è la sentenza che risulta dal secondo paragrafo del articolo 341 (169). Ma questa responsabilità debbe forse essere estesa alle circostanze precedenti o susseguenti la prestazione del luogo? Queste circostanze sono la durata della detenzione, i fatti che hanno accompagnato l'arresto, quelli che hanno accompagnato il sequestro. Colui che presta il luogo è responsabile della durata della detenzione poichè questa è di necessità a di lui notizia, egli dunque, continuando a lasciare il luogo a disposizione del detentore, continua a partecipar della reità della detenzione. A lui dunque si estende l'aggravazione o la mitigazione della pena prescritta dagli articoli 342 e 343 (171 e 172) secondo che la detenzione sia durata meno di dieci giorni o più di un mese. Per verità, la disposizione speciale contenuta nell'articolo 341 (169) onde colui che presta il luogo per eseguire una detenzione è assoggettato alla stessa pena dell'autor principale, non

è stata ripetuta negli articoli 342 e 343 (170 e 172), ma è chiaro che questi tre articoli non preveggono che un fatto unico, la detenzione semplice, e che hanno solo per oggetto di graduar la pena secondo la durata della detenzione; non pnossi dunque scindere l'applicazione delle loro disposizioni, altrimenti si avrebbe questo risultamento: cioè, che nel caso in cui la detenzione avesse durato meno di 10 giorni l'autor principale non sarebbe punito che di una prigionia di due anni, mentre colui che avesse prestato il luogo rimarrebbe soggetto alla immutabile pena della reclusione. Ma la responsabilità di chi ha prestato il luogo non potrebbe per questo solo fatto estendersi alle altre circostanze aggravanti la detenzione; dappoichè, l'articolo 344 (170) prevede dei misfatti distinti dalla semplice detenzione e non ha ripetuto il secondo paragrafo dell'articolo 341 (169). Inoltre questi misfatti non sono mica conseguenza necessaria del reato di detenzione arbitraria. Colui che ha prestato il luogo non ha dovuto di necessità prevederli; questi fatti gli sono estranei; egli rientra a questo riguardo nelle regole generali della complicità; se egli ha prestato ajuti per eseguire l'arresto, se ha somministrato istrumenti per le torture, non v'ha dubbio che a causa di questi fatti particolari egli debba, come complice, andar soggetto all'applicazione delle pene dell'articolo 344 (170). Ma questa conseguenza non potrebbe derivare dal solo fatto di aver prestato il luogo, dappoichè il luogo non è per se stesso che un istrumento della detenzione.

CAPITOLO XVI

DEI MISFATTI E DELITTI TENDENTI AD IMPEDIRE O DISTRUGGERE LA PROVA DELLO STATO CIVILE DI UN FANCIULLO O A METTERE IN PERICOLO LA SUA VITA.

Spirito generale del Codice intorno questa materia — Divisione: § 1 — MISFATTI E DELITTI RELATIVI ALLO STATO CIVILE DI UN FANCIULLO — Distinzione tra questi reati — Del reato di soppressione di parto — Carattere di questo reato nell'antico diritto; nel Codice Penale — Interpretazione dell'articolo (346) — Esso non si applica che alla soppressione di stato — Dissamina della giurisprudenza della Corte di Cassazione — Elementi del misfatto di soppressione di stato — Non basta a costituir questo reato il solo fatto di aver clandestinamente seppellito il cadavere di un fanciullo — L'accusa d'infanticidio non può essere per risultamenti della pubblica discussione scambiata in accusa di soppressione di un fanciullo — Del reato di sostituzione di un fanciullo ad un altro, o di supposizione di un fanciullo ad una donna che non siasi aggravata — Elementi di questo reato — Suo carattere nell'antico diritto — Nel Codice Penale — Della sospensione dell'azione pubblica nei casi in cui i reati sia di soppressione, sia di supposizione di stato abbiano per base una questione di filiazione — Limiti di questa sospensione. Del reato di coloro che ricusano di presentare un fanciullo confidato alla loro custodia — Carattere di questo reato — Di coloro che depositano in un ospizio un fanciullo loro confidato — Elementi di questo delitto — Scusa legale della omissione di dichiarare la nascita di un fanciullo — Quali sono le persone responsabili di questa omissione — Caratteri del delitto — Fatto giustificativo — § 2 — Della esposizione di un fanciullo — Caratteri di questo misfatto presso l'antica legislazione — Teorica del Codice su questa materia — Della esposizione in un luogo non solitario — Caratteri del fatto materiale dalla esposizione — Essa debb'essere accompagnata dall'abbandonamento — In quali casi si verifica questo abbandono — Della esposizione dei fanciulli nei dintorni di un ospizio — Circostanze aggravanti della esposizione — Solitudine del luogo — Sopravvenienza di accidenti — Morte del fanciullo — Responsabilità degli agenti — Comentario degli articoli 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352 e 353 del Codice Penale — (art. 346, 347, 403, 404, 405 e 406 LL. P.).

Il Codice penale si mostra pieno di preveg-
gente sollecitudine pei fanciulli neonati. Ab-
biam già veduto in comentare l'articolo 302
(352 N. 3) che l'omicidio volontario è ag-
guagliato all'assassinio quando ne sia vittima
un fanciullo neonato. Ma non bastava punir
soltanto l'attentato onde potrebbe esser col-
pito; era ancor mestieri garantire la sua

frase esistenza da tutti gli atti che possono
minacciarla; era mestieri impedire che l'in-
teresse personale o la negligenza lo pri-
vassero del bene di conoscere la famiglia di
cui è membro. Da questi motivi furono det-
tate le disposizioni che noi ci faremo a di-
scorrere; esse da una banda mirano a tut-
lare al fanciullo la sua famiglia, il suo stato,

i diritti che gli dà la sua nascita, e, d'altra banda, ad allontanare i pericoli materiali cui possono andare esposti i suoi giorni dall'essere lasciato in abbandono.

Questo capitolo si divide dunque in due Sezioni; la prima conterrà i misfatti e delitti che tendono a compromettere lo stato civile di un fanciullo, l'altra quelli che mirano a mettere in pericolo la sua esistenza.

SEZIONE PRIMA

Dei misfatti e delitti relativi allo stato civile di un fanciullo.

La legge penale in questo titolo eleva a reati due specie di fatti fra loro distinti:

Alcuni che hanno per scopo diretto di alterare lo stato civile di un fanciullo;

Altri che portano alle stesse conseguenze indirettamente e pel fatto di terze persone, cui era stato confidato il fanciullo, o che potevano stabilir la prova del suo stato civile ed hanno omesso di farlo.

I primi sono preveduti dal primo paragrafo dell'articolo 345 Codice Penale (346 ll. p.) così conceputo: I colpevoli di *rapimento* (a), di occultazione o di soppressione di un fanciullo, di sostituzione di un fanciullo ad un altro, di supposizione di un fanciullo ad una donna che non abbia mai partorito saranno condannati alla reclusione.

Nell'antico diritto questi misfatti andavano compresi sotto la doppia qualificazione di *soppressione di parto e supposizione di parto*.

La soppressione di parto comprendeva il misfatto che aveva per scopo di far disparire il fanciullo, come ad esempio, il rapimento, la occultazione, la soppressione stessa di questo fanciullo. « La soppressione di parto, dice Ionsse, è il misfatto di colui e di colei che disperde le notizie della esistenza o dello stato di un fanciullo, sia per procurarsi una successione, sia per qualunque altro motivo (1) ».

Per fermare con chiarezza il carattere di questo reato giova osservare che l'antica giurisprudenza non lo confondeva con l'occultazione della gravidanza; di questo ultimo misfatto era rea quella donzella che non so-

lamente non avea fatta palese la sua gravidanza, ma che, dopo essersi sgravata del suo feto, l'avea fatto perire. Per aversi questo reato, ai termini dell'Editto di Errico II di febb. 1556 e della dichiarazione di Luigi XIV del 25 feb. 1708, era necessario che si fosse presentato il cadavere del fanciullo, che vi fosse la prova della gravidanza e del parto, che l'una e l'altro fossero stati celati; da ultimo, che il fanciullo fosse stato privato del battesimo e sepoltura cristiana.

Così, la legge nella occultazione della gravidanza puniva l'infanticidio che da essa si presumeva. La imputazione poggiava su di una catena di presunzioni che tutte menavano a questa conclusione. Per contrario, la soppressione di parto non faceva presumere che una frode, il cui oggetto era di nascondere la nascita di un fanciullo, non supposeva però che il fanciullo fosse morto: Alorchè, dice Ionsse, questa soppressione ha luogo con far morire il feto di cui siasi sgravata la donna o la donzella, allora vi è il caso di parricidio (2); » quindi allora cambiava carattere. Però, la pena comminata contro questi due reati indicava con le sue diverse gradazioni la differenza onde eran distinti. La pena della occultazione della gravidanza era la morte di *quel rigore che la qualità speciale del caso meritava*; la pena della soppressione di parto era abbandonata all'arbitrio dei giudici secondo le circostanze; d'ordinario infliggevasi la frusta ed il bando.

Il nostro Codice evidentemente ha tolto in presto dall'antico diritto questa imputazione; esso riproduce quasi le stesse parole, nè si è arrestato alla disposizione generale del Codice del 1791. « Chiunque, portava questo Codice, sarà convinto di aver volontariamente distrutta la prova dello stato civile di una persona sarà punito con dodici anni di ferri (tit. 2, Sez. 1, art. 32).

Questo solo ravvicinamento appalesa già che il misfatto preveduto dall'articolo 345 (346) non ha mica svestito il carattere che aveva nel antico diritto; che egli considera il fanciullo nei suoi rapporti con lo stato civile; che non abbia potuto avere in mira se non di proteggere i suoi diritti di patria e di famiglia. La esposizione dei motivi spiega a chiare note questa intenzione del legislatore:

(a) Questa parola fu soppressa nell'art. 346 delle leggi penali delle Due Sicilie.

(1) Tratt. delle mat. crim. tom. 4, p. 146.

CHAUVEAU—TOMO III

(2) Tratt. delle mat. crim. tom. 4, p. 146.

« Il Codice del 1791, diceva il Sig. Faure, non contiene che una sola disposizione intorno tale materia: esso commina dodici anni di ferri contro colui che abbia distrutta la prova dello stato civile di una persona. L'esperienza ha fatto conoscere che questa disposizione era troppo vaga, e che sarebbe utile cosa specificare questi diversi casi, come la ricettazione o la soppressione di un fanciullo, la sostituzione di un fanciullo ad un altro, la supposizione di un fanciullo ad una donna che non abbia mica partorito. Noi non faremo parola degli editti e dichiarazioni emanate sotto l'ultima dinastia relativamente alla occultazione della gravidanza. L'umanità ebbe a dolersi per molto tempo di leggi sì atroci. L'Assemblea Costituente bandì questa legislazione sì contraria ai costumi di un popolo incivilito e segnatamente della nazione francese. Ma per schivare i particolari cui eran discese le antiche leggi essa inciampava nel vizio opposto, e nulla specificava di ciò che in materia penale non è mai particolareggiato a sufficienza. Le espressioni del nuovo Codice non lasceranno dubbio alcuno che la pena della reclusione sia serbata per quelli che con false dichiarazioni daranno ad un fanciullo una famiglia cui egli non appartiene, o lo priveranno di quella che gli è propria, o che, per un mezzo qualunque gli faranno perdere lo stato dalla legge garantitogli. »

Queste parole attestano che le preoccupazioni del legislatore, in dettare l'articolo 345 (346) non avevano che un solo oggetto, la conservazione dello stato civile del fanciullo. La legge veglia *pro puero parvulo ut liberi ingenuus appareat* (1). Essa prende delle precauzioni per mantenere le famiglie pure ed intatte: *Publici enim interest partus non subici, ut ordinum dignitas familiarumque salva sit* (2). La sua preveggenza non si estendeva, come è chiaro dal titolo del Codice, che ai soli misfatti e delitti *tendenti ad impedire o distruggere lo stato civile di un fanciullo*.

Di là ne conseguita che la parola *fanciullo* adoperata dal legislatore non può certamente intendersi che di un essere organizzato e vivo, poichè il fanciullo nato morto e non vitale non può avere stato, non può acqui-

stare alcun diritto nè per conseguenza trasmetterlo ad altrui. Come, d'altra banda, spiegare la disposizione rigorosa estesa alla occultazione della nascita di un feto, e alla inumazione clandestina di un feto nato morto? Questi fatti sono senza dubbio riprovevoli ma non apportano danno alcuno; se essi meritano pena certamente non debb'essere afflittiva o infamante. La soppressione o la occultazione non presume che un solo fatto, ed è, che un essere il quale aveva avuto vita e poteva vivere è scomparso senza lasciar tracce, per effetto di una volontà criminosa. La legge non punisce che il fatto di questa clandestina scomparsa indipendentemente da qualunque altro reato (3).

Non ha vano insistere su questa interpretazione poichè essa venne confutata dalla Corte di Cassazione. Una Decisione del 5 Settembre 1834 ha per la prima volta stabilita una interpretazione contraria. Questa Decisione dichiara: « che le disposizioni dell'articolo 345 (346) sono generali ed assolute; che esse si applicano egualmente alla soppressione di un fanciullo morto e a quella di un fanciullo vivo; che il fanciullo di cui trattasi nella causa doveva esser presentato agli ufficiali dello stato civile perchè si fossero ricevute le dichiarazioni sul suo stato, e si fosse proceduto alla sua sepoltura dopo le ricognizioni legali per verificare se egli fosse o pur no nato vitale o far chiarire le cause d'una sì prematura morte; che se fosse altrimenti si assicurerebbe la impunità degl'infanticidi, mentre a ciò sarebbe sufficiente consumare il primo misfatto e poi covrirlo col misfatto successivo della soppressione del cadavere, per il quale, giusta la impugnata Decisione, il colpevole non potrebbe avere alcuna pena (4) ». Due altre Decisioni hanno confermata questa dottrina; l'ultima aggiunge: « che il principio, onde fu dettata questa disposizione penale, ha per oggetto di garantire le famiglie da qualunque attentato diretto contro l'ordine legale delle trasmissioni di eredità; da ciò ne conseguiva che essa sia applicabile ad ogni soppressione di un fanciullo vivo o morto per la quale potevano

(1) L. 3, Cod. de infantib. expositis.

(2) L. 1, § 13, Dig. de inspiciendo ventre,

(3) Ved. in questo senso Merlin, *Repertorio*, soppressione di parto; Carnot, *Comen. del Codice Penale*, art. 345; Rauter, N. 481.

(4) Giorn. del diritto crim. 1834, p. 257.

esser messi in pericolo diritti annessi alla esistenza di lui (1). »

Mettiamo a disamina i motivi di questa Decisione; il primo è attinto dalla generalità dei termini dell' articolo 345 (346) il quale è comune ad ogni soppressione di fanciullo vivo o morto. Ma quale è l' unico oggetto di questo articolo? Giusta la Decisione del 27 agosto 1835 si è quello di garantire le famiglie da qualunque attentato diretto contro l' ordine legale delle trasmissioni di eredità. Il fanciullo nato morto non ha stato alcuno, non acquista nè trasmette alcuna successione. L' applicazione della legge va dunque limitata al caso in cui il fanciullo abbia respirato l' aure di vita. Si obietta forse che la soppressione del fanciullo fa sorgere la presunzione che il fanciullo sia nato vivo? Ma come ammettere, in materia criminale, una specie di presunzione legale in luogo di una prova certa? Può mai questa presunzione esser sufficiente a far tenere come certa la esistenza del fanciullo, a far infliggere una pena? La decisione del 5 Settemb. 1834 aggiunge: che il fanciullo dovea esser presentato all' ufficiale civile per raccogliersi le prove del suo stato ed essere seppellito dopo le legali verificazioni. Certamente questo è il voto della legge; ma tale omissione, che può costituire un delitto, ha forse il carattere di misfatto? Il non presentare all' ufficiale civile un fanciullo morto importa forse commettere il misfatto di soppressione di questo fanciullo? Questa omissione può essere un indizio del misfatto ma non già costituire il misfatto stesso. Per ammettere questo principio dovremmo sostenere che la presentazione del fanciullo al Sindaco, e la dichiarazione della nascita possono imporsi sotto pena di esser dichiarato colpevole della soppressione del fanciullo.

Altro principal motivo della Decisione si è l' impunità della madre. Così, l' argomentazione messa in campo per stabilire il misfatto di soppressione si appalesa sempre preoccupata dalla possibilità del misfatto d' infanticidio. Noi rispondiamo che sia debito dell' azione pubblica mettere in opera le sue indagini, moltiplicare le sue investigazioni, raccogliere tutti gl' indizj; se questi sforzi abortiscono con un dubbio questo dubbio

debbe andar risoluto in favore dell' imputato. Si replica: « sarebbe così assicurata la impunità dei colpevoli, poichè per sottrarli ad ogni pena sarebbe sufficiente che loro riuscisse a consumare il primo misfatto e poi covrirlo con l' altro della soppressione del cadavere. » Ma puossi forse ammettere che le investigazioni della giustizia riescono sempre infruttuose? Non vi è forse in questo ragionamento una strana confusione? Dunque la Corte di Cassazione appone a misfatto la soppressione del cadavere di un fanciullo nato morto sol per giungere a punir l' infanticidio? Converrà dunque supporre che il bambino scomparso sia morto, che sia morto per effetto della volontà criminosa la quale ha operata la soppressione, e poi stabilire su questa doppia presunzione la pena dell' omicidio volontario? La sola penalità statuita dall' art. 345 (346) dimostra l' errore di questa dottrina. Dappoichè, se il colpevole ha realmente data la morte al bambino la pena è troppo mite, e per l' opposto troppo dura se non ha fatto che celare le reliquie di un cadavere. Uopo è metter da banda queste due ipotesi. L' articolo 345 (346) non si applica punto agli attentati contro la vita; esso non mira a reprimere gli atti di libertinaggio; la occultazione della gravidanza ha cessato d' essere un misfatto; l' articolo non protegge che lo stato, la famiglia, il nome; non debbesi cercare nelle sue parole altra previsione, altra penalità.

Il misfatto di assassinio stà non nell' occultare la vittima uccisa ma nell' ucciderla. Parimente, il misfatto della madre non stà nel celare l' onta sua ma nel mettere in pericolo la vita, gl' interessi o lo stato del suo bambino, sotto pretesto di occultare il proprio disonore. Questo timor della vergogna non merita riguardo alcuno se abbia avuto per conseguenza un attentato contro la vita e lo stato del bambino. Ma quando la madre, sorpresa dai dolori del parto, vegga uscire dalle viscere non altro che un cadavere, solo testimone dell' onta sua, quando abbia perduta ogni speranza di conservar la vita del proprio feto; quando l' abbandono del cadavere non possa avere altra causa che i sensi di pudore o di vergogna; da ultimo, quando non sia compromesso niun interesse di persona, di stato e di famiglia la legge deve sostare dal suo rigore perchè non sarebbe più necessario.

(1) Decis. Cass. 21 feb. e 27 agosto 1835, Giorn. del diritto crim. 1835, p. 150 e 284.

Applichiamo le conseguenze di tale giurisprudenza a molte ipotesi. Supponiamo che un uomo rapisca con frode o violenza un bambino a sua madre, l'articolo 354 (336) lo punisce con la reclusione; or se una donna asconde un cadavere inanimato, la cui presenza rivela la vergogna di lei, è colpita dalla stessa pena! Questa donna se siasi sgravata di un bambino vivo e se per sua imprudenza, senza ucciderlo, l'abbia lasciato morire, non sarà punita, ai termini dell'articolo 319 (375) che d'una prigionia di due anni; se poi siasi sgravata di un bambino morto, e non sia in colpa di nessuna imprudenza, avrà la reclusione sol per avere seppellita l'onta sua col cadavere. È impossibile dar ragione d'una sì incoerente anomalia, d'una tanta sproporzione di pene.

In iscorcio, la soppressione del cadavere è l'indizio del misfatto, ma non può costituire il misfatto stesso senza altre circostanze di prove; forse è questa una lacuna della legge, forse sarebbe cosa utile aggiungere una pena contro la madre che non presenta il neonato, ma la giurisprudenza non può supplire al silenzio della legge. E come mai vi potrebbe supplire? dando vita ad una pena esorbitante e sproporzionata a quella dei fatti analoghi? punendo una colpa come misfatto, un travimento della vergogna come un atto infame, una omissione come un attentato?

Tali sono i motivi che uno di noi ha de-dotti innanzi la Corte di Cassazione, e che abbiamo sviluppati nel giornale del Diritto Criminale per combattere la giurisprudenza di questa Corte ed indurla a ritrattare la sua opinione. Il nostro avviso è stato solennemente proclamato da una Decisione a Camere riunite del 1° agosto 1836 la quale ha dichiarato « che l'articolo 345 (346), onde è pronunziata la pena della reclusione contro la soppressione di un fanciullo, ha essenzialmente per oggetto di assicurarne il suo stato civile, come addimostano i titoli della sezione e del paragrafo sotto i quali è l'articolo collocato; che se il legislatore ebbe in mira di assicurare lo stato civile di un fanciullo, ciò non poteva essere che pel caso in cui il bambino fosse nato vivo, mentre il bambino nato morto non può avere stato; che applicar questo articolo alla inumazione clandestina di un fanciullo nato morto importerebbe dare alla legge una estensione respinta e dalle sue parole e dal suo spirito;

importerebbe violare il principio generale che vieta di estendere la legge penale e comanda che essa sia sempre ristretta nei suoi veri termini (1) ».

Dal riassunto di questa discussione possiamo ora con precisione fermare gli elementi del reato di soppressione di un fanciullo: il primo è il fatto materiale dell'occultazione, del rapimento, della soppressione del fanciullo; il secondo è che il fanciullo sia nato vivo, che abbia avuto una esistenza *extra uterina*, che abbia potuto godere di uno stato civile; il terzo in fine si è che le tracce della sua esistenza sien state distrutte con la intenzione di sopprimere o distruggere il suo stato. Se la soppressione riguarda il cadavere di un fanciullo nato morto, non vi è più misfatto; se si applica al cadavere di un fanciullo che abbia vissuto, e le si attribuisca tutt'altra intenzione che di sopprimere il suo stato, il misfatto cangia di natura.

Questi principi sono stati sviluppati in una causa che presentava qualche difficoltà. Il fanciullo avea spirato l'aure di vita, la madre era dal Giurì dichiarata colpevole di due misfatti, cioè, d'infanticidio e soppressione del bambino; un individuo, compreso nella stessa accusa, era stato dichiarato complice soltanto della soppressione del bambino; fu però assoluto dalla Corte di Assisa pel motivo che non potendosi, giusta lo spirito dell'articolo 345 (346), aversi soppressione di un bambino nato morto, il fatto ritenuto non era punito o represso da alcuna legge. Questa Decisione fu annullata dalla Corte di Cassazione per seguenti motivi: attesochè se le disposizioni dell'articolo 345 (346), malgrado la generalità dei termini nei quali è concepito, non possono applicarsi alla soppressione di un fanciullo nato morto, sono però applicabili alla soppressione di un fanciullo che ebbe vita; attesochè in effetti Margherita Roder è stata dichiarata dal Giurì colpevole 1° di aver volontariamente data morte ad un bambino di cui erasi di poco sgravata, 2° di avere nello stesso tempo soppresso questo bambino; attesochè Antonio Groffe è stato dichiarato colpevole di avere scientemente aiutato o assistito l'autore di questa soppressione di bambino; attesochè dal complesso della dichiarazione del Giurì risulta che il bambino, di cui erasi sgravata Margherita

(1) Giorn. del Diritto Crim. 1836, p. 209.

Roeder, e che essa avea volontariamente ucciso e soppresso, avea respirate l'aure di vita, perciò l'accusato, dichiarato complice della soppressione di un fanciullo già stato vivo, doveva esser condannato alle pene comminate dagli articoli 36, 60 e 345 Codice Penale (346 ll. p.) (1).

Una notevole circostanza differenzia questa Decisione da quelle che abbiain citate precedentemente: in quest'ultima trattavasi di fanciullo nato vivo, mentre nelle altre parlavasi di soppressione di fanciullo nato morto: però la questione non era più la stessa, in conseguente questa decisione nen ha potuto in modo alcuno derogare a quella del 1 agosto 1836. Forse potrebbesi osservare che in essa non sono a sufficienza provati gli elementi del misfatto di soppressione di stato. Ed in vero, perchè abbia vita questo reato è necessario, come abbiain già stabilito, non solo che vi sia un fatto di occultazione e che esso si rapporti ad nn fanciullo vivo, ma ancora che sia stata commessa con la mira di sopprimere o cangiare il suo stato civile. Or, siccome nella specie l'accusato era assoluto dall'accusa di complicità d'infanticidio, ed intanto la madre era stata dichiarata colpevole di aver volontariamente data la morte al bambino di cui erasi *aggravata*, ne conseguiva che il misfatto di soppressione di stato non avea potuto esser commesso che occultando il cadavere di questo bambino, e in conseguenza si rapportava ad un bambino già morto. Or, il solo fatto di una inumazione clandestina, la sola omissione di dichiarare la nascita di questo bambino, non può di pieno diritto importare che aveasi intenzione di sopprimere il suo stato; era dunque mestieri provare questa intenzione, e su di ciò la dichiarazione del Giuri non faceva motto. Non eran dunque fermate con sufficiente precisione le circostanze costitutive del misfatto.

Sotto nn altro rapporto, non debbesi ammettere, come par che ritenga la stessa decisione, che in nn'accusa d'infanticidio la questione relativa alla soppressione del bambino possa presentarsi come conseguenza risultante dal dibattimento. Questi due misfatti sono fra loro distinti; essi poggiano sopra diversi elementi; non ammettono nè le

stesse investigazioni da parte della giustizia, nè gli stessi mezzi di difesa da parte degli accusati; in una parola, il reato di soppressione di stato non è compreso in quello d'infanticidio, non è un fatto che derivi da esso, non è una sua modificazione. Non può dunque esser dedotto nel dibattimento aperto per l'infanticidio come circostanza del fatto principale, ma può soltanto dar materia ad un'accusa novella. Tale è anche la massima stabilita da dne Decisioni della Corte di Cassazione, ove si dichiara: « che se dal dibattimento risulta qualche circostanza che aggrava il misfatto apposto all'accusato, o qualche fatto che sia una sua semplice modificazione, il Presidente della Corte di Assisa è in facoltà di proporre al Giuri questo nuovo fatto in una questione aggiunta a quelle che risultano dall'atto di accusa; ma che, ove il fatto risultante dal dibattimento, sia un fatto principale e distinto, costitutivo un misfatto diverso, non lo si può aggiungere alla prima accusa e farlo decidere dal Giuri; che il misfatto di soppressione di fanciullo non può riguardarsi come modificazione del misfatto d'infanticidio; che questo è un attentato contro la vita del fanciullo, mentre l'altro, collocato in altra Sezione del Codice Penale, è soprattutto un attentato contro il suo stato civile; che perciò su l'accusa di uno di questi fatti non può legalmente elevarsi questione dell'altro, ancorchè risulti dal dibattimento, salvo al Ministero pubblico il diritto di farne oggetto d'un giudizio principale (2) ».

L'articolo 345 (346) non punisce soltanto il misfatto di rapimento, di occultazione, di soppressione di un fanciullo, ma prevede ancora il misfatto di sostituzione di un fanciullo ad un altro, o di supposizione di un bambino ad una donna che non abbia partorito.

In quest'ultima ipotesi dell'articolo il carattere principale del misfatto è lo stesso; il suo scopo è sempre di cangiare lo stato civile del fanciullo; qui dunque vanno necessariamente applicate le nostre precedenti osservazioni sul carattere del misfatto di soppressione di fanciullo.

Solamente ne sono diversi gli elementi

(1) Decis. Cass. 20 Sett. 1838; Giorn. del diritto crim. 1838, p. 328.

(2) Decis. Cass. 20 agosto 1825 (Bull. n. 129); 19 aprile 1839; Giornale del diritto criminale 1839 pag. 158.

materiali del misfatto, trattasi meno di sopprimere lo stato del fanciullo che di dargliene uno fraudolentemente; trattasi di attribuire ad un fanciullo estraneo i diritti o i vantaggi di un membro della famiglia.

La legge Romana vedeva in questa supposizione un misfatto di falsità *quia qui falsum supponit falsum committit* (1); essa lo puniva con molta severità; l'autore della supposizione incorreva la pena di morte: *Obstebricem quae partum alienum attulit ut supponi possit; summo supplicio affici placuit*.

L'accusa non poteva esser deferita sotto pretesto di attendere la pubertà del fanciullo (2), nè poteva esser coverta da alcuna prescrizione: *Accusatio: Suppositi partus nulla temporis praescriptione depellitur* (3).

Il nostro antico diritto avea seguitato il sistema della legge Romana e classata tra le falsità la supposizione di parto (4); non si era però mantenuta la imprescrittibilità dell'azione nè la stessa penalità; comunque il silenzio del legislatore avesse abbandonata la pena all'arbitrio dei giudici pure la giurisprudenza avea adottata l'ammenda di onore ed il bando perpetuo.

Lousse enuncia nei seguenti termini le diverse ipotesi nelle quali può presentarsi questo misfatto. Esso ha luogo, 1° quando una donna dopo aver simulata gravidanza, presenta, al giungere del tempo del parto, un fanciullo che dice concepito con suo marito per frustrare gli eredi legittimi; 2° quando una donna gravida sostituisce dopo il parto un altro bambino a quello di cui erasi sgravata, 3° quando i padri e le madri, che non hanno figli, si appropriano un estraneo che dicono concepito dal loro matrimonio; 4° quando degli estranei sostituiscono ai padri e madri un bambino estraneo in luogo del loro figlio legittimo (5). Questa ipotesi andrebbe certamente comprese nei termini dell'articolo 345 (346).

Si è fatta quistione: se il semplice fatto di aver dichiarato innanzi l'ufficiale dello stato civile la nascita e la morte di un fanciullo che non ha mai esistito, costituisca il

misfatto di supposizione di fanciullo. La Corte di Cassazione si è pronunciata per l'affermativa, ma senza affiancare la sua opinione con motivo alcuno (6). Noi crediamo che questa decisione sia ben fondata, poichè la doppia dichiarazione fatta innanzi l'ufficiale dello stato civile ha per scopo di creare uno stato e può avere per effetto un attentato ai diritti della famiglia; or, lo scopo dell'articolo 345 (346) è precisamente quello di prevenire simili frodi. È vero che il fanciullo supposto non è che un essere immaginario, ed abbiain già visto, in rapporto al misfatto di soppressione di stato, che questo reato non poteva aver luogo se non quando rifletteva un fanciullo già stato vivo. Ma questa è una delle differenze che distinguono questi due misfatti; non può concepirsi soppressione di stato senza ritenersi che questo stato abbia esistito, e in conseguente, senza concepirsi un fanciullo che abbia goduto di questo stato; la supposizione di parto non richiede questa condizione; essa allega fraudolentemente uno stato chimerico; è vero che il più delle volte si presenta un fanciullo in appoggio di tali asserzioni, ma la presentazione di questo fanciullo non è che una prova, un mezzo; il misfatto sta nella supposizione stessa dello stato; se dunque questa supposizione si pratichi con allegare l'esistenza d'un essere che non abbia giammai avuto vita non perciò non vi è misfatto; e per fermo, in entrambi i casi i risultati sono gli stessi, gli stessi i danni e le inquietudini che si apportano alla famiglia.

I mezzi adoperati sia per giungere alla soppressione di stato di un fanciullo, sia per eseguire la supposizione di questo stato presentano spesso i caratteri di falsità in scrittura pubblica. Ed in vero, questi misfatti possono esser recati in atto alterando le dichiarazioni ed i fatti che gli atti dello stato civile hanno per scopo di provare, e queste alterazioni rientrano nei termini dell'articolo 147 Codice Penale (291 II. p.). In questo caso quantunque la falsità sia un mezzo di commettere un altro misfatto, conserva però il suo intrinseco carattere, ed il colpevole debb'essere simultaneamente tradotto in giudizio per entrambi i fatti.

(1) Farinae. quist. 150. n. 239.

(2) L. 1. Cod. ad leg. Corn. de falsis.

(3) L. 19, § 1, Dig. ad leg. Corn. de fals.

(4) Lousse; tom. 4, p. 142; Mayart de Vouglans, Leg. crim. p. 296.

(5) Tom 4, p. 142.

(6) Decis. Cass. 7 aprile 1831; Giorn. del diritto crim. n. 1831, p. 252.

Una delle più gravi difficoltà di questa materia consiste nella sospensione che colpisce l'azion pubblica quando essa abbia per base una quistion di filiazione. Non è questo il luogo di sviluppare la teorica di questa eccezione pregiudiziale, che toglie al M. P. il diritto di procedere oltre finchè essa non sia decisa, e che poggia su di un interesse più forte di quello della repression del reato, cioè nel mantenimento della pace e della stabilità delle famiglie; questa materia è di esclusivo demanio dell'istruzione criminale (1). Facciamo soltanto osservare che gli art. 326 e 327 Cod. civ. (249 Il. cc.) interdiciendo al M. P. ed alla parte interessata il diritto della querela e dell'azion criminale, finchè i tribunali civili non abbiano definitivamente deciso su la quistione di stato, elevano non solo una quistion pregiudiziale, ma un mezzo d'inammissibilità contro il procedimento; di là ne conseguita che l'imputato non possa esser tradotto negli arresti, e se si trovi, debbe esser messo in libertà (2); e che, d'altra banda, l'azion pubblica non possa esser sospesa se non quando la filiazione del fanciullo sia necessariamente connessa col fatto contro cui si vuol procedere. Così, non vi è luogo a sospensione quando trattasi di esposizion di fanciullo perciocchè questo delitto è indipendente dalla filiazione; nei casi di soppressione della persona e non dello stato, poichè l'articolo 327 Codice Civile (249 Il. cc.) è soltanto relativo al delitto di soppressione di stato (3); da ultimo, nei casi nei quali la supposizion di parto non sia stata accompagnata dalla presentazione di alcun fanciullo, giacchè nessuno stato si trova allora in controversia (4).

Passiamo ora a discorrere la seconda classe dei fatti preveduti in questa sezione: questi fatti si rannodano a quelli che noi abbiamo disaminati, poichè come essi hanno per effetto di compromettere lo stato civile del fanciullo; ne diversano però in quanto che sono piuttosto risultamento d'imprudenza e di negligenza che di criminoso disegno.

Questa osservazione però non può applicarsi al più grave di questi atti, a quello che è preveduto dal secondo paragrafo dell'articolo 345 (*soppresso Il. p.*) così conceputo. « La stessa pena (reclusione) sarà applicata a quelli che avendo affidata la cura di un fanciullo, non lo appresenteranno a coloro che hanno diritto di reclamarlo ».

Questi termini assai vaghi lascerebbero qualche incertezza sul carattere di questo misfatto se non fosse determinato dalla pena che vi è annessa. Di fatti è chiaro che il semplice niego, della persona incaricata della cura di un fanciullo, di presentare questo fanciullo ai suoi genitori o tutori alla prima loro inchiesta, non sarebbe sufficiente a costituire questo misfatto, perciocchè non puossi ammettere che il legislatore abbia voluto punire questa negio con la reclusione.

Quale è dunque l'oggetto di questa disposizione? « L'art. 345, dice il signor Carnot, suppone necessariamente che vi sia stato sequestro del fanciullo o che la persona cui il fanciullo sia stato confidato ne abbia disposto in modo da non poterlo più presentare uè dire cosa ne abbia fatto (5) ». Il sig. Rauter aggiunge « uopo è che la omissione o il rifiuto di presentare il fanciullo abbia per causa la intenzione di nuocere allo stato di lui (6) ».

Senza dubbio chi si nega di presentare il fanciullo può avere questa intenzione, ma nessuna parola della legge indica che sia essa un requisito essenziale del misfatto. Osservate che se nella più parte dei casi preveduti dal primo paragrafo dell'art. 345 (346) trattasi di bambino neonato, questa circostanza non è ripetuta nel § 2, perciò il rifiuto di presentare un fanciullo, regolarmente iscritto nei registri dello stato civile, non può recar pregiudizio alcuno al suo stato. Debbesi dunque tenere, col sig. Carnot, che il fatto preveduto dalla legge è un vero abuso di fiducia commesso in persona del fanciullo a danno dei parenti che li hanno confidati a mani estranee. L'art. 348 (405) prevede il caso che il depositario infedele l'abbia portato in un ospizio; era perciò naturale che altra disposizione prevedesse il rifiuto di presentarlo quando questo rifiuto fosse effetto di criminoso abuso di confidenza. E se si pensa che trat-

(1) V. Merlin, quist. di diritto, art. *quistioni di stato*, § 2: Mangin, Tratt. dell'azion pubb. n. 161 e seg.

(2) Decis. Cass. 10 Messidoro anno XII; 9 febb. 1810; 13 marzo 1813; 25 nov. 1808. Dalloz.

(3) Decis. Cass. 26 sett. e 12 Dicemb. 1813 (Bulet. p. 328); 8 aprile 1826 (Bulet. p. 189).

(4) Decis. Cass. 7 aprile 1833; Giorn. del diritto crim. 1833, p. 251.

(5) Cod. Pen. su l'art. 349.

(6) Tratt. del diritto crim. N. 481.

tasi di un fanciullo commesso alla fede di terze persone, e forse da costoro abbandonato ad ignoto destino, la legge non parrà molto severa. Non è mestieri aggiungere che se delle sevizie praticate in persona del fanciullo potessero costituire altri misfatti questi misfatti non rimarrebbero coverti dall'accusa della non presentazione.

L'art. 358 (405) prevede un altro abuso di fiducia, però meno grave del primo, giacchè se ne possono facilmente trovar le tracce. Questo articolo è così conceputo: « Quelli che avranno portato ad un ospizio un fanciullo minore di sette anni compiuti, loro stato confidato per prenderne cura o per tutt'altra cagione, saranno puniti con una prigionia di sei settimane a sei mesi, e di un'ammenda di 16 a 50 franchi.

Le condizioni richieste perchè abbia vita questo reato sono chiaramente indicate dall'articolo: la prima è che il fanciullo abbia meno di sette anni compiuti: la seconda che chi portavalo nell'ospizio l'abbia avuto confidato per prenderne cura o per qualunque altra causa. È chiaro che qui trattasi soltanto delle persone cui il fanciullo è stato confidato sia dal padre o madre, sia da quelli che avevano diritto a disporne; dappoichè altrimenti potrebbesi credere che si trattasse di un fanciullo abbandonato. Uopo è anche che vi sia un contratto di prenderne cura, o di custodirlo; dappoichè se il fanciullo sia lasciato da' suoi genitori ad un terzo senza alcuno di questi impegni, questo terzo non sarebbe tenuto a prenderne cura.

Il secondo paragrafo dell'art. 348(405) eleva a scusa legale questa circostanza: « Non dimeno non verrà pronunziata alcuna pena se queste terze persone non fossero obbligate a provvedere gratuitamente al nutrimento ed al mantenimento del fanciullo e niuno vi abbia provveduto. Quando non vi è obbligazione non vi è abuso di fiducia, non vi è delitto. Non dimeno debbesi eccettuare il caso in cui la obbligazione derivi non da contratto ma da vincoli di sangue, allora cessa di aver forza la scusa.

La legge, nella sua sollecitudine pel fanciullo non si è limitata a prevedere gli atti che possono mettere in pericolo gl'interessi di lui, essa ha preveduto fin le omissioni e negligenze che possono avere lo stesso effetto. Tale è la omissione della dichiarazione di nascita e quella di presentare all'ufficiale del-

lo stato civile un bambino trovato. L'articolo 55 codice civile (57 ll. cc.) prescrive « che le dichiarazioni di nascita debbono farsi, nei tre giorni consecutivi al parto, all'ufficiale dello stato civile del luogo, cui dovrà presentarsi il fanciullo ». L'articolo 56 (58) soggiunge: la nascita del fanciullo sarà dichiarata dal padre ed in mancanza di questo dai dottori di medicina o di chirurgia, dalle levatrici, dagli ufficiali di sanità o altre persone che abbiano assistito al parto; e, qualora la madre avesse partorito fuori del suo domicilio, dalle persone presso di cui si sarà sgravata. »

Questi due articoli hanno la loro sanzione nell'articolo 346 del codice penale (347 ll. p.) così conceputo: « ogni persona che avendo assistito ad un parto non abbia fatta la dichiarazione prescritta dall'articolo 56 del codice civile (58 ll. cc.) e non l'abbia fatta nei termini fissati dall'articolo 55 del codice medesimo (57 ll. cc.) sarà punito con una prigionia di sei giorni a sei mesi, e con un'ammenda di 16 a 300 fran. (primo grado di prigionia ed ammenda correzionale per le leg. pen.)

« Il codice civile, dice la esposizione dei motivi, per assicurare questo stato ai fanciulli richiede che le nascite sieno dichiarate all'ufficiale dello stato civile, ed indica le persone cui dà il carico di fare questa dichiarazione. Dopo questo codice si è osservato che per mancanza di una legge penale alcune persone avean ommesso di fare quella dichiarazione. Questo procedere è tanto più biasimevole in quantocchè contravviene ad una legge savia, il cui scopo è di vegliare agl'interessi dei fanciulli che non possono prendersi cura da loro stessi; che la carità dei parenti avrebbe dovuto esser di garanzia alla esecuzione di questa legge; che da ultimo, se anche motivo a commettere il delitto potesse essere la speranza di sottrarre un giorno questi fanciulli alle leggi della coscrizione, sappiasi che in tal modo rimangono esposti al pericolo di esser chiamati più presto di quel che lo sarebbero se potessero presentare l'atto di nascita. Il codice vigente punisce questo delitto. »

Questo reato sta tutto nella omissione di far la dichiarazione di nascita nei tre giorni sussecurativi al parto; così in esso non v'è un malefizio morale ma una semplice contravvenzione materiale, la legge non pu-

nisce il dolo ma la negligenza; essa col timor d'una pena ha voluto imporre la necessità di accertare lo stato civile del fanciullo; ha ingiunto una obbligazione di fare e comminata una pena contro la omissione di adempirvi.

Ma questa obbligazione non è imposta che a certi individui. La corte di Cassazione ha ristretta l'applicazione dell'articolo 346 (347) alle sole persone indicate dall'articolo 56 codice civile (58 ll. cc.) e in conseguente a tutte quelle che hanno assistito al parto, quando questo parto abbia avuto luogo nel domicilio della madre, ed alla sola persona nella cui casa sia avvenuto il parto quando questo abbia luogo fuori il domicilio della madre.

Tale è la dottrina proclamata in una causa nella quale trattavasi di parto avvenuto fuori il domicilio della madre; il tribunal correzionale avea condannato la persona presso la quale era avvenuto il parto, ed assoluto il chirurgo che vi avea assistito. La Corte di Cassazione rigettò il ricorso del P. M. pei seguenti motivi. « Attesochè l'articolo 346 del codice Penale (347 ll. p.) non pronunzia pena per la mancanza della dichiarazione di nascita di un fanciullo, se non contro le persone che hanno assistito al parto, ed hanno l'obbligo, per disposizione dell'art. 56 del Cod. civ. (58 ll. cc.) di fare questa dichiarazione; attesochè, per l'ultima disposizione di questo articolo, quando la donna si sgrava fuori il suo domicilio l'obbligazione di dichiarar la nascita del fanciullo è imposta alle persone presso cui il parto sia avvenuto; attesochè Chartrain, presso cui la donna erasi sgravata, fu dalla impugnata Decisione condannato per non aver fatto la dichiarazione di nascita del fanciullo; attesochè in questo stato di cose. l'esser stato il chirurgo Duboscage, il quale avea del pari assistito al parto, assoluto dalla imputazione di non aver dichiarato la nascita del fanciullo non fu una violazione degli art. 346 codice penale (347 ll. p.) e 56 Cod. civ. (58 ll. cc.) (1).

Questa giurisprudenza ci pare contraria alla legge. L'art. 346 (347) punisce *ogni persona che avendo assistito ad un parto non abbia fatto la dichiarazione*, esso non distingue se il parto abbia avuto luogo nel domicilio o fuori del domicilio della madre; la sua disposizione si applica a tutti i casi, a tutti i luoghi. La corte di Cassazione vuole restrin-

gerla ai termini dell'art. 56 cod. civ. (58 ll. cc.); ma in primo luogo è da notarsi che questo articolo dichiara responsabili della dichiarazione le persone nella cui casa la donna siesi sgravata, quando anche questa persona non abbia assistito al parto; or questa assistenza è una circostanza essenziale del delitto preveduto dall'art. 346 (347), di tal che se questa persona non sia presente al parto, a malgrado i termini del codice civile, non può andar soggetta a pena se non ha fatta la dichiarazione. In secondo luogo, da questa giurisprudenza ne deriverebbe che la omissione della dichiarazione non importerebbe alcuna pena ogni qualvolta il parto avesse avuto luogo fuori il domicilio della madre; mentre da una parte, secondo la Corte di Cassazione, il delitto di far la dichiarazione è soltanto dell'individuo presso il quale il parto abbia avuto luogo, d'altra banda, giusta i termini dell'articolo 346 (347) la condizione essenziale della pena è l'assistenza al parto. A noi dunque pare che questo articolo abbia modificato l'articolo 56 codice civile (58 ll. cc.) nel senso che ha estesa la obbligazione della dichiarazione a tutte le persone che o nel domicilio o fuori il domicilio della madre abbiano assistito ad un parto, ma a queste sole.

La obbligazione grava sopra ciascuno degli assistenti, e ciascuno di essi è responsabile della omissione. Intanto, se la dichiarazione sia fatta da uno tra essi, nelle forme prescritte dalla legge, e tutti gli altri rimangano scolti dalla responsabilità. Il voto del legislatore si è soddisfatto allorchè fu eseguita la dichiarazione; esso ha supposto che gli altri individui avessero confidato su di un solo per la esecuzione di questo obbligo.

Se questa dichiarazione siesi omissa con lo scopo di agevolare il trafugamento del fanciullo, questo dolo imprime forse al fatto della omissione il carattere del reato preveduto dall'articolo 345 (346)? Il signor Carnot ha opinato « che questo articolo potrebbe applicarsi alla persona che avesse assistito ad un parto e non avesse fatta la dichiarazione, quantunque non si fosse con una parte attiva cooperato al ratto, alla occultazione, alla soppressione del fanciullo, se si provi che abbia col suo silenzio *scientemente* agevolata la consumazione del misfatto (2). Questa opinione ci pare poco ragio-

(1) Decis. Cass. 7 sett. 1823. Sirey, 24, 1, 420.
CHAUVEAU — TOME III

(2) Com. al cod. pen. art. 345.

do il padre o la madre dopo il parto, espongono o fanno esporre i loro figli per schivare l'onta che riverserebbe su di loro questo parto, o per non aggravare la propria povertà del peso di nutrirli (1). Intanto, per la punizione di questo misfatto non vi erano altre regole che quelle stabilite dalla giurisprudenza degli arresti: « Pare, dice Mu yart de Vouglans, che la necessità di prevenire un male maggiore abbia fatto rimetter un poco del rigor della pena cui questo reato si meriterebbe, e che gli esempi delle puniti non sono divenuti più rari dacchè furon istituiti gli ospedali per ricevere i fanciulli abbandonati (2) ». La pena ordinaria era la frusta ed il bando; ma questa pena diventava più grave se il fanciullo fosse stato esposto in uno stato di nudità, senza legatura del cordone ombelicale, e con circostanze che potevano mettere in pericolo la sua vita.

Il Codice del 1791 avea serbato silenzio su questo reato; non così però il legislatore del 1810: esso si ha assunta la responsabilità e del pericolo dell'impunità e di quello di una troppa severa repressione, ed ha saputo felicemente schivare entrambi questi scogli. Queste disposizioni trovansi ripetute anche in alcune legislazioni straniere.

Il Codice Pennile, elevando a reato la esposizione dei fanciulli ha graduato le pene secondo i pericoli corsi dallo stesso fanciullo ed anche secondo la presunta volontà di colui che lo ha esposto. Questo pericolo e questa intenzione diversano secondo che il luogo della esposizione è o pur no solitario. Questa circostanza fu dunque presa per base dalla legge. Mettiamo prima in disamina il reato nel suo elemento più semplice; indi passeremo a discorrere le diverse circostanze che lo aggravano.

L'articolo 352 è così concepito: Coloro che avranno esposto o abbandonato in un luogo non solitario un fanciullo minore di sette anni compiuti, saranno puniti con una prigionia di tre mesi ad un anno e con un'ammenda di sedici a cento franc.

Primamente debbesi notare che la esposizione del fanciullo non è delitto se non quando il fanciullo esposto abbia meno di sette anni.

Trascorsa questa età, la esposizione di rado può avere funesti effetti sulla vita del fanciullo. Lo scopo del reato non può allora essere altro che di compromettere il suo stato civile; or, questo effetto può essere più facilmente antivenuto colle notizie che un fanciullo di sette anni compiuti è in grado di dare dei suoi primi anni. « Varcata questa età, dicea la esposizione dei motivi, la legge presume che il fanciullo possa far conoscere le persone tra le cui mani si trova, e il luogo ove dimora; in una parola, che egli possa dare le notizie necessarie per rinvenire le tracce che si è voluto disperdere ». Questo principio, che fissa un limite alla imputazione, si estende a tutti i casi nei quali la esposizione è qualificata delitto o misfatto dalla legge.

La distinzione segnata dal Codice tra i luoghi *solitarij* e non *solitarij* costituisce la base della gradazione delle pene. Questa distinzione potrebbe parere troppo assoluta, potrebbesi osservare che il pericolo della esposizione non dipende solamente dal luogo, ma ancora dal tempo in cui è fatta e dalle circostanze che l'hanno accompagnata. Perciò le altre legislazioni quantunque abbiano ritenuta la stessa base, ne hanno sviluppati i motivi: il Codice Prussiano vuole che il giudice esamini non solo se il fanciullo sia stato esposto in un luogo frequentato, o in altro non facile ad essere scoperto, ma ancora se sia stato esposto con delle precauzioni dimostranti il disegno di volergli serbare illa la vita (art. 969 e 970). La legge Austriaca distingue del pari primose la esposizione sia stata fatta in luogo frequentato o non frequentato; secondo se potevasi o pur no sperare che si sarebbe giunto prontamente a scoprirlo e salvarlo (art. 134 e 135).

Questa censura non sarebbe senza fondamento se la parola *luogo solitario* si dovesse spiegare in un senso preciso ed assoluto. Ma questa solitudine del luogo non è forse relativa. non dipende forse dalle circostanze? Un luogo, qualunque sia, non può dirsi solitario se puossi presumere che il fanciullo vi possa trovar dei soccorsi; per l'opposto, sarebbe tale se non vi fosse speranza di questi ajuti. Tale è la spiegazione datane dall'Oratore del governo. « Le pene, ha detto il Sig. Faure, debbono essere più o meno gravi secondo il pericolo cui fu esposto il fanciullo; questo pericolo è più o meno grave secondo che il luogo della esposizione sia o pur no solitario.

(1) Tom. 4, p. 23.

(2) Leg. Crim. p. 181.

la legge non poteva dare precise spiegazioni a tal riguardo; essa si è rimessa a' giudici, perciocchè il luogo più frequentato può talvolta essere solitario, e il più solitario essere frequentatissimo. Ciò dipende dalle circostanze. Queste parole rischiarano perfettamente il significato della legge; da esse ne risulta che il carattere del luogo dipende dalle probabilità dei soccorsi che può trovarvi il fanciullo esposto e dalla presunzione che questi soccorsi giungeranno più o meno prontamente; il luogo debb' essere dichiarato solitario o non solitario secondo che il pericolo corso dal fanciullo sia stato più o meno grave, secondo che potevasi presumere che sarebbe stato raccolto più o meno prontamente. Sarebbe dunque inutile cosa aggiungere al testo della legge, come voleva un professore straniero (1), che ogni esposizione fatta di notte dovesse riguardarsi come fatta in luogo solitario. Questa sentenza stà nella legge stessa, purchè però l'ora avanzata della notte abbia potuto mettere in pericolo la vita del fanciullo.

Allorchè la esposizione avvenga in una strada frequentata, la legge suppone che il colpevole non abbia avuto intenzione di compromettere la vita del fanciullo, che non abbia voluto se non disperdere le tracce della sua filiazione. Da ciò la mitezza della pena, e la niuna responsabilità in caso che la esposizione fosse seguita da sinistri accidenti. Questa intenzione speciale è quella che costituisce la moralità del delitto. Ma se le prove risultanti dal dibattimento, se le confessioni dell'imputato rivelassero una volontà omicida, il fatto cangerebbe mai di carattere? Evidentemente no; perciocchè la intenzione non è imputabile quando non sia accompagnata da un fatto materiale di esecuzione; or, siccome la esposizione in un luogo non solitario non può ordinariamente mettere in pericolo la vita del fanciullo, così non rimarrebbe che una volontà colpevole senza esecuzione la quale sfuggirebbe ad ogni pena. Il fatto non potrebbe esser punito che a ragione della intenzione di cui esso è indice.

Abbiamo messi a disamina i due elementi del delitto; rimane ora ad indagare ciò che debbasi intendere per *fatto di esposizione*.

L'art. 352 (403) ed altri della stessa Sezione, non puniscono che quelli i quali avranno *esposto o abbandonato*; il fatto materiale della esposizione delle dunque comprendere queste due circostanze; l'esposizione propriamente detta consiste nell'atto di deporre il fanciullo in un luogo pubblico; l'abbandonamento stà nell'atto di abbandonarlo in questo luogo privo d'ogni assistenza. La Corte di Cassazione ha proclamata la necessità del concorso simultaneo di queste due circostanze, dichiarando con molte Decisioni « che per darsi luogo all'applicazione della pena comminata da questo articolo sia necessario che la esposizione di un fanciullo venga accompagnata dal suo abbandono (2).

La giurisprudenza però non ha in modo preciso fissato il senso della parola *abbandonamento*. La Corte di Cassazione in un fatto, che si trova bastevolmente specificato nel testo della Decisione, ha giudicato: « che se, per darsi luogo all'applicazione dell'articolo è necessario che il fanciullo esposto sia stato abbandonato, questo abbandono si verifica sempre che il fanciullo, sia stato lasciato solo, e sievi perciò stata cessazione della cura e sorveglianza dovutagli; che nella causa in disamina, trattandosi di fanciullo recentemente nato ed esposto alle porte di una casa, erasi provato in fatto che i colpevoli, avendo osservato dal lume che vedevano, non essersi ancora addormiti gli abitanti di quella casa, aveano picchiato alla porta ed eransi ritratti tostochè si avvidero che persona si avvicinava ad aprire; che non costava esser stato il fanciullo raccolto nell'atto stesso in cui aprivasi la porta, e che coloro i quali lo avevano esposto non si ritirarono se non dopo aver veduto che il fanciullo era passato in braccio di qualche altra persona incaricata di vegliare alla sicurezza di lui; che in questo stato di cose non vi era stato, in favore del fanciullo esposto, quella continuità di cure e sorveglianze il cui difetto costituisce l'abbandonamento preveduto dall'articolo 352 (403) (3).

Questa decisione, applicata ai fatti che presentava la causa, non può andar soggetta ad alcuna censura. Ma riguardata sotto un

(1) Il Sig. Destriev, Saggio sul Codice Penale p. 133.

(2) Decis. Cass. 7 Giugno 1834 e 29 aprile 1835; Giorn. del diritto crim. 1834, pag. 282 e 1835 p. 133.

(3) Decis. Cass. 27 Giugno 1820.

punto di vista generale, la Corte di Cassazione non ha forse segnati dei limiti troppo stretti al fatto di *abbandonamento*, facendolo consistere unicamente nella interruzione delle cure che son dovute al fanciullo? Il solo fatto di aver abbandonato questo fanciullo dopo averlo esposto, non costituisce forse il fatto dell'*abbandonamento*? Cosa rileva che il colpevole non siasi allontanato se non dopo di aver visto che persone estranee si avvicinavano al luogo ove era esposto il fanciullo? Chi poteva assicurarli che queste persone lo raccoglierebbero e gli presterebbero le cure necessarie? Chi poteva accertarlo che meno crudeli di lui non l'avrebbero anche esse abbandonato. Noi dunque non dubitiamo ad opinare che vi sia abbandonamento sempre che il colpevole abbandona il fanciullo senza assicurarsi che sia stato da altri raccolto.

Tale questione presentava minori difficoltà in altra causa nella quale il fatto offriva che il fanciullo era stato esposto nei d'intorni di un ospizio, e raccolto dal preposto dell'ospizio stesso. La Corte di Cassazione ha giudicato che questo atto non costituisce punto un atto di abbandonamento « attesochè, come la Corte esprimevasi nell'arresto, la persona incaricata di deporre il fanciullo non si era ritirata innanzi di averlo visto raccolto dal preposto dell'ospizio (1) », ed attesochè, come spiegavasi la stessa Corte in altra arresto, l'imputato dopo aver esposto il fanciullo ne d'intorni del ospizio non si era allontanato che quando si avvide esser stato il fanciullo raccolto nella ruota dalla religiosa addetta al servizio del locale (2).

Così, queste due Decisioni per decidere che non vi era abbandonamento adducono per motivo che l'imputato non si era allontanato se non dopo essersi assicurato che il fanciullo fosse stato raccolto; è questa l'applicazione della regola per noi enunciata. Per contrario, si avrebbe l'abbandonamento se l'imputato si fosse ritirato innanzi di assicurarsi che

il fanciullo fosse stato raccolto, quando anche la esposizione avesse avuto luogo nella parte di un ospizio; è questo l'avviso della stessa Corte di Cassazione la quale ha dichiarato: « che la disposizione dell'art. 352 è generale; che essa non stabilisce e perciò non ammette distinzione alcuna tra i luoghi solitarij e non solitarij nei quali il fanciullo fosse stato esposto; che perciò il delitto di esposizione preveduto e punito da quell'articolo può commettersi tanto se il fanciullo sia abbandonato nella porta di un ospizio o quanto se sia deposto nella porta di qualunque casa particolare (3).

In quest'ultimo caso il fanciullo esposto era legittimo, e nella decisione si è aggiunto ad esuberanza la considerazione: « che se il Decreto dei 19 Gennaio 1811 ha data facoltà di portare in alcuni casi i fanciulli all'ospizio, non ha però spiegato quali fanciulli potevano esser ricevuti; che il favor della legge non si estende se non a quelli che si trovassero esposti e agli *orfani*; che questo stesso Decreto ha nell'articolo 2 determinato cosa debbasi intendere con le parole: fanciullo trovato, e coll'articolo 5 quali sieno quelli che debbono riputarsi abbandonati; che nella causa in esame il fanciullo di cui trattasi, e che fu rinvenuto esposto nei d'intorni dell'ospizio non era nè orfano, nè fanciullo trovato, nè fanciullo abbandonato, che perciò non era della classe di quelli che potevano esser ricevuti nell'ospizio, quindi per necessaria conseguenza non era lecito portarvelo ». Tanta è l'infamia di quei congiugli i quali espongono i loro figli nei pubblici ospizj che naturalmente l'animo inchina ad adottare questa giurisprudenza. Ma uopo è primamente notare che se questa esposizione abbia preceduta la dichiarazione o se sia fatta in modo da disperdere le tracce della di lui famiglia, vi è reato di soppressione di stato punibile, ai termini dell'articolo 345, con la reclusione. Inoltre, come mai la qualità del fanciullo potrebbe avere influenza sull'atto puramente materiale dell'abbandonamento? Questo atto che, nello spirito della legge, consiste nel lasciare privo d'ogni assistenza una debole creatura, non ha forse lo stesso carattere sì quando il fanciullo sia naturale

(1) Decis. Cass. 7 Giugno 1835; Giornale del diritto criminale 1835, p. 133.

(2) Decis. Cass. 7 Giugno 1834. Giorn. del diritto Crim. 1836, p. 281. Il fatto di avere, ad istanza della madre, deposto nella ruota di un ospizio un fanciullo minore di sette anni non va soggetto all'applicazione dell'articolo 352 Codice Penale, Bruxelles 11 marzo 1833. Giorn. di Bruss. 1834, 1, p. 47. Ved. intanto Carnot, sul Codice Penale 10m. 3, p. 174 e 179. Dalloz, t. 28, p. 230 e 231.

(3) Decis. Cass. 30 ott. 1812. Sirry, 15, 1, 191, Bruss. 25 marz. 1826. Giorn. di Bruss. 1826, 1, 189.

come quando sia legittimo? Senza dubbio l'azione è più esosa in quest'ultimo caso perchè più sacro è il dovere violato; ma la legge qui non ha punita la violazione del dovere morale; essa ha alzato un velo sulla immoralità dell'abbandonamento, essa non ha punito che un atto inumano onde poteva esser messa in pericolo la vita o la salute del neonato, e perciò il reato è lo stesso in rapporto a tutti fanciulli. D'altra banda, la citata Decisione non può giustificarsi col Decreto dei 19 Gennajo 1811; questo Decreto definisce per fanciulli trovati: « Quelli che nati da padre e madre incerti sien stati trovati esposti in un luogo qualunque o portati negli ospizj addetti a riceverli ». Così tutti i fanciulli trovati negli ospizj, quali che sieno, debbono tenersi per fanciulli esposti; il decreto non va mica indagando la loro origine, esso li qualifica dal patito abbandono. Ma quando anche il Decreto non avesse avuto in mira che i fanciulli naturali, ne seguirebbe forse che il fatto d'aver deposto in un ospizio un fanciullo legittimo dovrebbe vestire i caratteri preveduti dall'articolo 352? Questo delitto non ha forse i suoi caratteri speciali, indipendenti dalle disposizioni di questo Decreto? Si oppone il suo articolo 23 ove sta prescritto che: « gl'individui convinti di aver esposto dei fanciulli, e quelli che esercitassero il mestiere di trasportarli negli ospizj sarebbero puniti conformemente alle leggi ». Ma nel primo caso preveduto da questo articolo trattasi d'esposizione praticata fuori l'ospizio, e nel secondo dell'abitudine di eseguire queste esposizioni negli ospizj, fatto che non ha rapporto alcuno con l'articolo 352, e che non è preveduto da alcuna legge. Giova ripeterlo un'altra volta: trattasi di azione odiosa che può in certi casi costituire sia il misfatto di soppressione di stato, sia il delitto di abbandono; ma la sola circostanza della legittimità del fanciullo non può tener le veci degli elementi legali di questi due reati. Forse è da commendarsi la sapienza del legislatore che ha lasciato questa lacuna nella legge; la miseria ed il libertinaggio possono indurre anche dei genitori legati in legittimo matrimonio ad attentare alla vita dei loro figliuoli; ma il legislatore che in dettar queste disposizioni non aveva innanzi gli occhi se non l'interesse di queste deboli creature, ha dovuto lasciar impuniti dei delitti men gravi, e schiuder

loro come porto di salvezza dagli attentati che li minacciano questi d'intorni degli ospizj, che alcuni spiriti sistematici si sono non ha guari studiati di chiudere.

L'articolo 352 ci mette innanzi un'ultima osservazione: gli autori della esposizione praticata in luogo non *solitario* non sono mica responsabili degli accidenti che possono intervenire dopo la esposizione; la pena non è punto aggravata. Il motivo di questa lacuna si fu senza dubbio che il colpevole scegliendo un luogo frequentato, non avea avuto intenzione che il fanciullo avesse patito qualche danno dalla esposizione. Però egli non debbe esser meno responsabile delle conseguenze eventuali della sua azione; queste conseguenze potevano esser da lui prevedute, debbono perciò entrare nella imputabilità del fatto.

L'articolo 353 prevede una circostanza aggravante del delitto preveduto dall'art. 352, circostanza attinta dalla qualità del colpevole; esso è così conceputo: « Il delitto preveduto dall'articolo precedente sarà punito con una prigionia di sei mesi a due anni, e con un'ammenda di 25 a 200 franchi, se sia commesso dai tutori, istitutori o istitutrici del fanciullo ». Il Signor Destrièr a buon diritto opinava che a fianco dei tutori e degli istitutori la legge avrebbe dovuto mettere le nutrici, ed elevare anche questa qualità a circostanza aggravante (1).

L'oratore del corpo legislativo motivava tale disposizione in questi termini: Il progetto della legge assoggetta a pena più severa i tutori e le nutrici, gl'istitutori e le istituttrici. Quanto più la legge investe costoro di dritti e poteri sulla debole creatura loro confidata, tanto più severamente dee punire un abbandono che accoppia anche l'abuso di confidenza alla colpevolezza che hanno comune con quelli i quali non sieno legati da questi speciali doveri ».

Il delitto diventa più grave allorchè la esposizione avvenga in un luogo solitario. L'articolo 349 è così conceputo: « Quelli che avranno esposto o abbandonato in un luogo solitario un fanciullo minore di sette anni compiuti, quelli che avranno dato ordine di esporlo in questo modo, se quest'ordine sia stato eseguito, saranno per questo solo fatto condannati ad una prigionia di sei mesi a due

(1) Saggio, p. 133.

anni e ad un' ammenda di 16 a 200 franchi.

Gli elementi di questo delitto sono gli stessi che quelli del delitto preveduto dall'articolo 352; perciò la imputazione non si applica che ai fanciulli minori di sette anni compiuti, perciò il delitto non ha vita se non quando al fatto della esposizione si accoppia quello dell'abbandonamento, e i caratteri di questi due fatti sono quelli per noi sopra indicati. La sola differenza nasce dal luogo della esposizione; questo luogo nel caso preveduto da questo articolo debbe esser *solitario*. Questa esposizione, dicesi nei motivi del Codice, è più criminosa se il fanciullo sia abbandonato in un luogo solitario; nel primo caso gli autori di questo abbandono hanno voluto meno togliere la vita al fanciullo abbandonato che disperdere le tracce della di lui nascita. Ma l'abbandonamento in un luogo isolato o solitario appalesa l'intenzione di distruggere per fino l'esistenza di quella infelice creatura destinata a perdere per un misfatto quella vita che il più sovente ha avuto da un fallo. « Noi abbiamo spiegato ciò che debbasi intendere per luogo solitario.

Questa circostanza costituisce nella più parte delle legislazioni una causa di aggravamento della pena. Nell'antico diritto alla pena della frusta e del marchio sostituivasi la morte, come ci attesta lousse, « se il fanciullo fosse esposto nudo a rigido freddo o senza la legatura del cordone ombelicale, e se venisse a morire o fosse divorato da qualche belva (1). Era lo stesso se il fanciullo fosse esposto in luogo ove poteva morire (2). Il Codice Austriaco pronunzia la pena di cinque anni di carcere duro se il fanciullo sia esposto in un luogo lontano, d'ordinario poco frequentato o pure in modo tale che non possa essere con facilità prontamente scoperto e salvato (art. 134). la legge Prussiana commina la reclusione da sei a dieci anni se la madre abbia esposto o fatto esporre vivo il bambino in un luogo ove non fosse facile scovrirlo (art. 969 e 970).

L'articolo 349 punisce non solamente l'autore della esposizione del fanciullo ma quelli ancora che avranno dato ordine per cost'esporre se quest'ordine sia stato eseguito (a); a

(1) Tom. 4. p. 24.

(2) Ibid. p. 23.

(a) Parole soppresse nelle leggi penali dette due Sicilie, soppressione che assoggetta i modi di complicità in questo reato alle regole generali stabilite dall'articolo 74.

prima vista pare che questa disposizione sia inutile, poichè l'articolo 60 del Codice Penale (74 II. p.) dichiara complici di qualunque azione delittuosa quelli che con doni, promesse, minacce, abusi di autorità o di potere abbiano provocato a commettere quest'azione. Ma è chiaro che oltre questi fatti generali qui trattasi di un fatto speciale di complicità. Secondo l'articolo 60 del Codice Penale il solo ordine non sarebbe sufficiente per costituire la complicità legale; è necessario che colui il quale ha dato quest'ordine abbia inoltre provocata la esecuzione del reato con abuso di autorità o di potere. L'articolo 349 volle esentare da queste ultime condizioni la complicità per ordini commessa nel reato qui preveduto; la complicità va qui costituita dal solo ordine dato e seguito da esecuzione. Del rimanente, questo modo speciale di complicità non può aver vita che nella esposizione praticata in luogo solitario: se il delitto sia stato commesso in luogo non solitario quelli che ne avranno dato ordine potranno esser puniti se la loro partecipazione riunisce i caratteri della complicità legale; ma il solo ordine, scemerato da ogni circostanza di abuso di potere o di autorità, non sarebbe sufficiente per assoggettarli a pena. Tale distinzione non può spiegarsi se non per la distanza morale che intercede tra i due reati e che pare richiegga minore severità pel reato che mena a men gravi risultamenti.

Quale è il carattere dell'ordine nel senso dell'articolo 349? L'ordine nello stretto significato della parola, suppone il diritto di comandare, e il dovere di obbedire; tali sono i rapporti di un superiore rispetto al suo subordinato, d'un padrone rispetto a suoi servi. In questo senso la legge Romana diceva: *sive quis suis manibus caedat sive imperet sero, hac actione tenetur, idem et si filio imperet* (3). Ma una interpretazione così restrittiva è forse coerente allo spirito della legge? Se l'ordine non sia stato dato ad un inferiore, se non vi sia subordinazione da parte di costui, da ultimo, se quest'ordine abbia preso il carattere di un vero mandato, cesserebbe forse l'articolo di avere applicazione? Noi siamo in forse ad opinare per l'affermativa; l'ordine in se stesso non è che una specie di mandato: *jussus fere eadem est*

(3) L. 7, § 4, Dig. arbor. fart.

ratio quae mandati. Non può concepirsi che quello il quale ha dato quest'ordine sia al coperto d'ogni pena pel solo riflesso d'essere l'esecutore suo uguale e non suo subordinato, pel solo riflesso d'essersi data una commissione e non già un ordine. La differenza che distingue questi due atti può valere a distinguere la realtà dei due esecutori; ma nel caso in esame non può stabilire alcuna diversità tra i provocatori. Da ultimo, se i termini dell'articolo 349 fossero presi in senso troppo limitato, la loro utilità diventerebbe molto problematica; essi nulla aggiungerebbero alla regola generale dell'articolo 64 per meritare un posto speciale nella legge.

L'articolo 350 contiene una disposizione correlativa a quella dell'articolo 353, esso è così concepito: La pena comminata dal precedente articolo sarà di due a cinque anni e l'ammenda di cinquanta a 400 fran. per i tutori e tutrici, istitutori e istitutrici del fanciullo esposto o abbandonato da essi o per loro ordine. Le nostre precedenti osservazioni sull'articolo 353 si applicano naturalmente anche qui. Debbesi inoltre notare che la pena del delitto, raddoppiata nell'articolo 353 a ragione della qualità dei colpevoli, è elevata a più del doppio nell'articolo 350 che prevede una specie perfettamente identica; né si può trovar la ragione di questa differenza. Questo articolo incolpa del pari i tutori e gli istitutori non solamente a causa del fatto di esposizione ma ancora a causa dell'ordine che avessero potuto darne. Questa parola ordine debbe qui spiegarsi nello stesso significato che ha nell'articolo 349.

Da ultimo, colui che espone il fanciullo in un luogo solitario è dichiarato responsabile delle conseguenze di questa esposizione. « Dappoiché, dice la esposizione dei motivi, egli non poteva illudersi che la privazione assoluta d'ogni soccorso, in cui lasciava il fanciullo, non l'avrebbe esposto a quegli accidenti, e da lui dipendeva preservarlo; non avendolo fatto, la legge lo dichiara causa volontaria di quegli accidenti, e lo assoggetta alle pene stabilite contro gli autori di ferite ed omicidj volontari. »

L'articolo 351 (404) è così concepito: Se in conseguenza dell'abbandonamento o della esposizione preveduta dagli articoli 349 e 350 il fanciullo sia rimasto mutilato o storpiato, l'azione sarà riguardata come ferita volontaria fattagli dalla persona che l'ha esposto o abbandonato, se ne sia seguita la morte l'azione sarà riguardata come omicidio volontario; nel primo caso i colpevoli soggiaceranno alla pena applicabile alle ferite volontarie, nel secondo a quella degli omicidj volontari. »

Debbesi qui notare che non si tratta se non della esposizione preveduta dagli articoli 349 e 350 (403) e in conseguenza della esposizione di un fanciullo minore di sette anni in un luogo solitario; solamente in questo caso il colpevole è responsabile dei risultamenti della sua azione; il delitto si aggrava a causa del danno provato dal fanciullo esposto.

I patimenti e le malattie passeggere del fanciullo non sarebbero sufficienti per motivare l'aggravazione, la legge richiede che il fanciullo sia rimasto *mutilato o storpiato*. La pena in questo caso è quella preveduta dall'articolo 309 per le ferite che hanno cagionata una malattia o incapacità di lavoro per più di 20 giorni. Se la esposizione sia seguita da morte, in modo che questa debbesi tenere come conseguenza di quella, uopo è distinguere: se il fanciullo sia stato esposto e abbandonato col disegno provato di far perire il fanciullo con questo mezzo; per esempio, se questo neonato fosse esposto in tempo di notte, nei freddi d'inverno, spoglio de' suoi pannolini, in un luogo solitario, non si avrebbe più una semplice esposizione seguita da morte, ma un misfatto d'infanticidio. La esposizione che la legge parifica all'omicidio volontario è quella nella quale il colpevole non abbia avuto intenzione di far perire il fanciullo; egli però poteva prevedere che la esposizione potea produrre questo effetto, e mettendo al rischio di tali probabilità la vita del fanciullo si è renduto responsabile delle conseguenze più o meno gravi della sua azione.

CAPITOLO XVII

DEL RATTO.

Distinzione, nell'antico dritto, del ratto per violenza e del ratto per seduzione. — Caratteri distinti di questi due misfatti. — Il codice del 1791 puniva il solo ratto per violenza. — Il codice penale ha riunito le due incolpazioni modificandole. — Caratteri del misfatto di ratto. — Circostanze costitutive del fatto materiale del ratto. — Assimilazione a questo fatto di colui che trae seco una minore o la trafuga o la rimuove dal luogo ove si trova. — Concorso necessario della frode e della violenza. — Definizione di queste due circostanze. — Esiste il misfatto sol quando sia commesso in persona di un minore. — Che dev'essere intendersi con questa espressione? I minori emancipati o maritati sono compresi in questa categoria? — Il ratto dev'essere stato commesso con uno scopo criminoso. Quale dev'essere questo scopo? — Il misfatto di ratto, si modifica quando la persona rapita è una donzella che ha meno di 16 anni. — Questa circostanza costituisce una circostanza aggravante. — Essa conserva al fatto il suo carattere criminoso, ancorchè sia commesso senza violenza, e col consenso della donzella rapita. — Questa imputazione ristabilisce il ratto per seduzione. Caratteri di questo. — La frode o la violenza non ne sono un elemento necessario. — Limiti della imputazione. — Mezzo d'irricetibilità tratto dal matrimonio del rapitore con la persona rapita. — Condizione della sua ammissione e suoi effetti. — La querela de' parenti è forse indispensabile? Può iniziarsi il procedimento prima della sentenza definitiva su la quistione pregiudiziale. — Il mezzo d'irricetibilità può giovare ai complici del ratto? Commentario degli articoli 354, 355, 356 e 357 del Codice penale. (art. 336, 337 e 338 ll. p.)

La legge romana confondeva nella stessa imputazione il ratto commesso con violenza e lo stupro; essa puniva i rapitori con la pena capitale: *raptores virginum honestarum capitis supplicio plectendos decernimus* (1).

Essa però supponeva che il ratto avesse avuto per iscopo e per risultamento l'effettuazione dello stupro: *maxime cum virginitas vel castitas corrupta restitui non possit*. Nondimeno, il ratto non cangiava di carattere

quando era stato commesso col consenso della persona rapita, perchè presumevasi che il consenso fosse stato estorto alla sua inesperienza ed alla sua debolezza, e che fosse il frutto di una criminosa seduzione: *hoc ipsum velle mulierem ab insidiis nequissimi hominis, qui meditatur, rapinam inducitur; nisi enim eam sollicitaverit, nisi odiosis artibus circumvenerit, non facit eam velle in tantum dedecus se prodere* (2).

La nostra antica legislazione distingueva

(1) L. 53 Cod. de episc. et cleric.; l. un. Cod. de raptu virginum; nov. 143 de muliere raptum passa.

(2) Ibid.

quanto confuse le condizioni della imputazione, e rendono necessarie talune spiegazioni.

La prima condizione del reato è il fatto materiale del ratto: questo ratto si effettua trasportando il minore dall'asilo ove trovasi in un altro luogo ad oggetto di deviarlo dalla sua posizione: *Et haec conductio de loco in locum debet esse ad effectum abducenti* (1). Il ratto dunque si compone di due circostanze distinte, il rimovimento del minore dal luogo ove era stato messo da coloro alla cui autorità e direzione era soggetto o affidato, ed il suo trasferimento in un altro luogo. Nondimeno non debesi ammettere, secondo i termini un po' troppo restrittivi dell'articolo, che il ratto non avrebbe più carattere criminoso, se non si rimovesse il minore dai luoghi ove fosse stato specialmente affidato. Egli è chiaro che il ratto, sia dalla casa paterna, sia da luoghi ove trovasi accidentalmente il minore sotto la vigilanza de' suoi parenti, o delle persone cui lo hanno essi affidato, diventa egualmente un elemento del misfatto. Questa interpretazione, la quale si fonda sulla ragione medesima della imputazione, può essere d'altronde sostenuta dal testo dell'art. 31 del Codice del 1791, da cui venne l'art. 356, e che prevedeva il ratto *fuori della casa delle persone sotto la potestà delle quali stava la minore, ovvero dalla casa in cui esse l'avevan situata*. L'art. 356 altro non ha fatto che riunire in uno queste due disposizioni, prevedendo il rimovimento *da' luoghi* ove i minori eran messi da coloro alla cui autorità o direzione eran sottoposti o affidati. Per verità queste parole, un poco imbarazzanti, hanno indotto un autore a distinguere due paragrafi nell'art. uno che imputa il ratto, prescindendo dai luoghi ove trovasi il minore; l'altro che imputa gli altri modi di rimovimento, apponendovi però la condizione dei luoghi ove il minore era depositato o affidato (2). Questa distinzione è evidentemente inesatta; basta, in primo luogo, leggere attentamente l'articolo per convincersi che l'ultima sua disposizione si rannoda a tutt'i membri della frase; ed è anche questa l'interpretazione che già dall'oratore del Corpo legislativo: « Dopo aver usato verso il minore misure tutelari e conservatrici, il progetto di legge gli accorda una protezione spe-

ciale; esso prevede il suo *rimovimento dal luogo ove fosse stato collocato* dalla persona all'autorità o direzione delle quali era soggetto o affidato. » Inoltre, se debesi scorgere in questa circostanza de' luoghi una certa condizione ristrettiva, se vi si può rinvenire la traccia di quel *raptus in parentes*, il quale era un oltraggio tanto contro i parenti quanto contro il minore medesimo, e che non poteva perciò esistere se non riguardo ai figli di famiglia sottoposti ad una vigilanza, ad un'autorità qualunque, è chiaro che questo motivo si applicherebbe al ratto del pari che agli altri modi di rimovimento, e che perciò la distinzione proposta non poggia su di alcuna solida base.

L'art. 356 parifica al ratto il *trascinamento*, il *deviamento* ed il *rimovimento* di minori; esso comprende egualmente ne' suoi termini colui che *li avrà fatto trascinare, deviare, o rimuovere*. Il legislatore ha voluto prevedere tutt'i modi di ratto; ha temuto che tale espressione non sembrasse a taluni riguardi ristrettiva, e l'ha in qualche maniera definita enumerando i diversi mezzi pe' quali può effettuarsi il ratto.

Eseguito il fatto materiale, si richieggono parecchie condizioni perchè sia punibile. E' d'uopo che sia stato consumato, 1°. con *frode* o *violenza*; 2°. in persona di un *minore*; (a) 3°. con uno *scopo criminoso*.

La frode e la violenza formano l'una e l'altra una circostanza costitutiva del misfatto qualunque sia il modo del ratto. La compilazione confusa dell'art. 354 par che rannodi questa circostanza al solo primo membro della frase, e conseguentemente al solo fatto del ratto; ma il vero senso dell'articolo non presenta dubbio alcuno: « Esso abbraccia nella sua generalità, diceva l'oratore del corpo legislativo, i minori de' due sessi, e punisce con la reclusione chiunque li avrà deviat, trafugati o rimossi con violenza o con frode. » Se si facesse una distinzione a tal riguardo tra 'l ratto e gli altri modi di deviamiento, ne seguirebbe che il trafugamento e il rimovimento sarebbero puniti più rigorosamente dello stesso ratto, perchè questo costituirebbe un misfatto sol quando fosse ac-

(a) Allorchè il ratto si consuma con violenza, le leggi penali delle Due Sicilie non distinguono nè se la persona rapita sia minore nè se sia maggiore di età.

(1) Giulio Claro, § de raptu.
(2) Rauter, t. 2, num. 484.

compagnato da frode o violenza. Or, è impossibile di ammettere una distinzione, il cui risultato sarebbe di far punire questi modi di deviamiento in casi in cui il ratto, che sembra portare in sè stesso un carattere di perversità più grave, andasse immune da pena. La corte di cassazione non ha neppure esitato a dichiarare « che dalla disposizione generale dell'art. 354 risulta evidentemente che i fatti di trafugamento, deviamiento o rimovimento di persone minori che hanno oltrepassato i sedici anni, come il fatto di ratto, non possano essere qualificati misfatti, e dar luogo alla pena determinata da questo articolo, se non quando il trascinamento, il deviamiento o il rimovimento fossero stati, come il ratto, effettuati per frode o violenza (1). »

La legge non ha definite queste due circostanze. La violenza non avea bisogno di definizione; essa consiste evidentemente in tutti i mezzi materiali adoperati per trarre il minore, malgrado la sua resistenza, fuori de' luoghi ove trovasi. Ma la frode porta seco un carattere meno evidente. L'oratore del Corpo legislativo dichiarava che il progetto di legge puniva con la reclusione: « chiunque avrà deviato, trafugato o rimosso i minori, con violenza o con frode, e conseguentemente per via di minacce, di filtri, di liquori inebrianti, o con altri mezzi che li avessero privati dell'uso della loro volontà ». Questi mezzi straordinari non costituiscono solamente una frode, ma suppongono una vera violenza. La frode consiste in macchinazioni colpevoli, promesse lusinghiere, insidie tese alla inespertezza de' giovanetti. Tale sarebbe se il colpevole si valesse del nome e dell'autorità della famiglia del minore, per farlo uscire da' luoghi ov'era stato messo; tale sarebbe eziandio la corruzione messa in opera su quelli cui era affidato, per farselo consegnare. Nondimeno, convien distinguere la frode dalla seduzione praticata sulla persona del minore: quando costui ha seguito volontariamente la persona accusata di trafugamento, sena che questa abbia adoperata a suo riguardo alcun mezzo doloso, non esiste più il misfatto; solo per le donzelle che han meno di 16 anni l'art. 356.

con una disposizione eccezionale, ha punito la seduzione seguita da ratto (2).

Abbiamo osservato che per avere vita il misfatto bisogna che il ratto sia stato commesso in persona di un minore. La sollecitudine del legislatore si è estesa fino ai limiti dell'età in cui si è ordinariamente debole ed inesperto. L'art. 354 abbraccia i minori de' due sessi. Sotto l'impero dell'antico dritto il ratto per seduzione era egualmente punito, sia che avesse per oggetto i figli o le figlie minori; ma l'età maggiore era fissata a 25 anni. L'art. 354 intende per minori i giovanetti e le giovanette dall'età di sette anni fino a 21 compiuti. Il ratto de' fanciulli che hanno meno di sette anni ha formato l'oggetto del nostro capitolo precedente. Nondimeno la legge civile ha supplito alla maggiore età con l'emancipazione e col matrimonio: in questi due casi cessa lo stato di minore età legale; si deve dunque decidere che il minore emancipato o maritato cessa del pari di esser l'oggetto delle disposizioni dell'art. 354. Ciò è stato dichiarato dalla Corte di Cassazione con un arresto il quale dice « che gli art. 354 e seguenti del Codice penale, sanamente interpretati, non si applicano alle minori maritate (3).

Ultima condizione del misfatto è finalmente che il ratto si sia effettuato con uno scopo criminoso. Abbiamo qui sopra osservato che, vigente l'antico dritto ed il dritto romano, il ratto con violenza era considerato e punito come un mezzo di esecuzione del misfatto di stupro; il Codice del 1791 lo puniva egualmente sol quando avesse avuto per scopo di abusar della vittima o della persona. Ora non si tiene lo stesso sistema: la legge, secondo l'espressione dell'oratore del Corpo legislativo, fa consistere il misfatto nel solo fatto materiale del ratto; essa lo punisce, come faceva l'antica legislazione riguardo al ratto per seduzione, come un atto di violenza o di frode commesso contro l'autorità dei parenti: *raptus in parentes*. La violazione dell'autorità de' genitori forma la gravanza principale del ratto: quindi, se il ratto non è stato seguito da alcun altro delitto, non è meno punibile; se poi è stato seguito da un reato qualunque, come l'incitamento

(2) V. in questo senso arr. cass. 3 ottobre 1816, Dalloz, 28, 283.

(3) Arr. cass. 1. Luglio 1831, Sirry, 32, 2, 65.

(1) Arr. Cass. 3 ottob. 1816, Dalloz, 28, 283.

alla dissolutezza, lo stupro, questo reato è punibile separatamente, prescindendo dal ratto. Questa dottrina è stata applicata da un arresto della Corte di Cassazione, il quale riconosce che la legge ha appropriato il carattere di misfatto al solo fatto del ratto o del trafugamento de' minori per frode o violenza, senza esser necessario che vi sia stato nel tempo stesso abuso o disegno di abusare della persona (1).

Lo scopo del ratto, il disegno criminoso del colpevole è dunque, secondo lo spirito del Codice, solamente la intenzione di sottrarre il minore all' autorità de' suoi genitori: questa intenzione si appalesa col solo fatto materiale del ratto; la legge dunque non ha richiesti altri fatti materiali; ma è necessario che questo fatto sia commesso con tale scopo e da persona priva di legittima autorità sul minore, dappoichè se il ratto avesse altro oggetto, ad esempio, di procurare al minore una momentanea distrazione, o se fosse commesso da persona la quale non facesse che esercitare un legittimo potere, è chiaro che non vi sarebbe più misfatto. Epperò, in discutersi nel Consiglio di Stato l' articolo 354, il Sig. Real ricordò che quando elevasi contesa sullo stato di un fanciullo vedesi qualche volta che uno dei conjugi lo ritira a sè, e come l' articolo non fa alcuna distinzione potrebbe temersi che questo conjuge fosse punito come rapitore. Il Sig. Treilhard rispose, « che la Sezione non avea mai inteso estendere l' articolo al padre e alla madre in qualunque circostanza possano trovarsi (2) ». Questa Decisione debbe estendersi a tutti i casi nei quali il colpevole abbia creduto poter usare di un diritto ancorchè controverso, ed a ragione più forte ai casi nei quali non siasi avuto intenzione di attentare alla patria potestà.

Gli elementi del misfatto possono riassumersi in termini assai precisi: il primo è il fatto materiale del ratto dai luoghi nei quali la persona rapita sia stata collocata da coloro che abbian autorità su di essa; la legge assimila al ratto il trafugamento e la rimozione di questo individuo. Il secondo ele-

mento consiste nella violenza e nella frode che deve accompagnare il ratto. Queste sono le tre circostanze che imprimono al fatto materiale un carattere punibile. Da ultimo, ed è la terza condizione del reato, uopo è che il ratto sia commesso in persona di minori soggetti alla potestà dei loro genitori o tutori, e che abbia per scopo di sottrarli a questa potestà. Il principale oggetto della legge è stata la protezione della famiglia ed il mantenimento dell' autorità paterna.

Questa imputazione si applica a tutti i minori di 21 anni e la pena è quella della reclusione. Ma questa disposizione va soggetta a molte modifiche se la persona rapita sia una donzella che abbia meno di 16 anni.

In primo luogo l' articolo 355 attinge in questa circostanza un' aggravazione di pena: « Se la persona così rapita e trafugata sia una donzella minore di 16 anni compiuti la pena sarà quella dei lavori forzati a tempo ».

« È chiaro, dicevasi nella esposizione dei motivi, che un tale ratto non abbia potuto commettersi che per abusare della persona, o per costringere i parenti a consentire al matrimonio ». L' oratore del corpo legislativo aggiunge « Questo ratto può esser più criminoso ne' suoi motivi, più pericoloso nelle sue conseguenze verso il sesso più debole; perciò è punito assai più severamente quando abbia per oggetto una donzella minore di 16 anni ».

Questo articolo ha dunque per unico scopo d' aggravar la pena nei casi da esso preveduti; le condizioni del reato non sono in nulla modificate; esso rapportasi intorno a ciò all' articolo 354; d'altra banda, le regole per noi stabilite si applicano alla sola eccezione che costituisce le minoretà:

Non è lo stesso nell' articolo 356. Esso è così concepito: Quando la donzella minore di 16 anni abbia consentito al ratto o seguito volontariamente il rapitore, se questi era maggiore di ventuno anni e più sarà condannato ai lavori forzati a tempo, se il rapitore non avesse ancora 21 anni, sarà punito con una prigionia di due a cinque anni ». Se la pena si cangia secondo l' età del colpevole, i caratteri del fatto imputato non rimangono gli stessi; uopo è dunque mettere a disamina gli elementi di questa imputazione.

L' oratore del corpo legislativo spiegava tale imputazione in questi termini: Poco importa in questa circostanza (quando il ratto abbia per oggetto una donzella minore di 16

(1) Arr. cass. 25 ottobre 1821 (Bull., n.° 174). Dalloz, 7. 362. Ved. § 2 dell' art. 336 II. p. delle Due Sicilie.

(2) Pruss. verb. del consiglio di Stato—Sessione del 12 nov. 1808.

anni) che il rapitore abbia adoperata la violenza, il dolo, la frode o soltanto la seduzione, a nulla rileva che il colpevole abbia tirata a forza la vittima dal suo asilo o che questa l'abbia seguito senza aver patita violenza. Il consentimento di una donzella minore di 16 anni non può influire sul carattere della pena; questo consentimento si tiene come estorto alla timidezza del sesso, o come effetto delle illusioni e dei prestigi con che è facile circonvolvere la inespertezza e la credulità di questa età ».

In tale guisa la legge in questo articolo non richiede più che il ratto sia stato eseguito con frode o violenza; perchè abbia vita il reato è sufficiente che la vittima minore di 16 anni sia stata sviata dai luoghi ove aveala collocata l'autorità da suoi genitori, quando anche essa abbia volontariamente abbandonato questi luoghi per seguire il rapitore, quello che ora la legge eleva a reato e punisce è il ratto per seduzione tale quale avealo preveduto l'antico diritto: « Il ratto di un minore, dice Fernel, quantunque effettuato col di lui consentimento, conserva la sua qualificazione di ratto per due ragioni 1. perchè tale consentimento si presume estorto alla di lui inespertezza e debolezza, ed effetto di criminali artifizj, 2. perchè la persona rapita essendo sotto la potestà dei genitori, o tutore, o curatore il ratto si reputa commesso contro costoro. Sovra essi ricade principalmente l'oltraggio di simile attentato, poichè si rapisce loro un deposito prezioso di cui essi sono i custodi, e che interessa ad un tempo il loro onore e la loro tenerezza (1) ».

La legge però non punisce la seduzione per se stessa ma soltanto il ratto che suppone sua conseguenza. Sarebbe perciò opera vana l'andar indagando i caratteri di questa seduzione che, nello stesso antico diritto, non poteva dar luogo ad azione per risarcimento se non quando fosse accompagnata da dolo, frode, o soprachieria: la seduzione sta presunta nel solo fatto d'essersi il minore di 16 anni indotto a seguire il colpevole; la legge d'altra banda altro non guarda che il fatto materiale del trafugamento.

In una causa nella quale il Giurì avea dichiarato che l'accusato maggiore di 21 anni erasi reso colpevole di trafugamento di una minore di 16 anni dalla casa dei suoi genitori,

la Corte di Cassazione seguendo questi principj avea giudicato, che se dalla stessa dichiarazione risultava che il detto trafugamento non era stato eseguito nè per *frode* nè per *violenza* non perciò il fatto non rientrava nell'applicazione dell'art. 356 Codice Penale (2). Una seconda decisione fu emessa nella stessa causa, sulla opposizione dell'imputato, e la Corte di Cassazione dichiarò di nuovo: Che l'accusato maggiore di 21 anni era stato dichiarato colpevole di aver trafugato una donzella minore di 16 anni dalla casa paterna ma di aver ciò praticato senza *frode*, che era stato inoltre dichiarato colpevole di aver tratto profitto dalla volontà di questa minore per tenerla nascosta ai suoi genitori; che questo fatto è proilto dall'art. 356 del Codice Penale (3). »

In altra causa eransi proposte al Giurì due quistioni: L'accusato è mai colpevole di aver indotto una minore di 16 anni a non tornare in casa di sua madre, e di averla condotta seco? Ma egli indotto questa donzella a seguirlo con la promessa di procurarle uno stato più felice di quello che avea nella casa materna, e di farla abigliare con abiti nuovi? Il Giurì rispose negativamente alla prima di tali quistioni, ed affermativamente alla seconda. La Corte di Assisa considerando che la risposta negativa del Giurì sulla prima quistione allontanava ogni idea di colpevolezza, pronunziò l'assoluzione dell'imputato. Questa decisione però fu messa nel nulla dalla Corte di Cassazione: « Attesochè quando il Giurì dichiara provati dei fatti che hanno il carattere di reato, è debito delle Corti di Assisa applicar le pene pronunziate dalle leggi; attesochè, nella causa in esame, dalle risposte date dal Giurì alle quistioni propostegli risulta che l'accusato maggiore di 21 anni avea indotto a seguirlo una minore di 16 anni *promettendole uno stato più felice di quello che godeva nella casa materna e promettendole inoltre di farla abigliare con vesti nuove*; che questo fatto rientra in uno dei casi preveduti e puniti dall'art. 356 Codice Penale, che la circostanza di avere il rapitore indotto la donzella a seguirlo per mezzo di promesse fattegli, offrivà un carattere più grave, e maggior grado di colpevolezza di quella preveduta dal citato articolo, il quale suppone puramente »

(2) Decis. Cass. 24 ott. 1811.

(3) Decis. Cass. 14 Nov. 1811.

(1) Tratt. della seduzione, p. 331.

semplicemente che il minore *abbia seguito volontariamente il rapitore* senza che costui abbia praticati colpevoli artifizj; che perciò la Corte di Assisa non potea fare a meno di pronunziar la pena comminata da questo articolo (1).

Il reato ha dunque vita indipendentemente dalla violenza e dalla frode; la legge ha inteso prevedere e punire la corruzione praticata nell'animo della minore, la influenza seduttrice cui quella obbedisce. Però debbesi osservare che l'art. 356 non punisce questa seduzione se non quando sia praticata da un uomo; la legge suppone che la minore abbia più mezzi di guardarsi dalla corruzione che le si vuole istillare da persona del suo sesso.

Del rimanente, il fatto non ha la qualifica di misfatto se non quando il colpevole abbia varcato l'anno ventunesimo; quando ancora non sia varcata questa età la sua azione si tiene come delitto punibile con una prigionia di due a cinque anni. « La legge, dice la esposizione dei motivi, si limita a pronunziar contro di lui delle pene di polizia correzionale; essa lo punisce per avere commesso un'azione certamente riprovevole e con la scienza che questa azione era vietata dalla legge, ma non gli dà quella pena che meriterebbe se fosse di una età la quale non lascerebbe dubbio alcuno che egli avesse comprese tutte le conseguenze del suo misfatto. « Se egli ha meno di 16 anni può certamente invocare in sua difesa la mancanza di discernimento, ed in tutti i casi il beneficio degli articoli 68 e 69 Codice penale (64, 65 e 66 ll. p.). »

Gli articoli 355 e 356 non mirano a proteggere che le donzelle minori di 16 anni. La commissione del corpo legislativo avea proposto un paragrafo addizionale così concepito: « Se la donzella di 16 anni e minore di 21 ha consentito al suo ratto o ha volontariamente seguito il suo rapitore, costui sarà condannato a due anni di prigionia al meno, e cinque al più. » La commissione giustificava una tal disposizione nel seguente modo: « Il motivo dell'addizione proposta si è che, se si punisce co' lavori forzati a tempo il rapitore di una donzella che ha meno di 16 anni, quando questi è maggiore, non si è inteso di lasciare impunito colui il quale

essendo egualmente maggiore, rapisce una donzella da 17 a 21 anni; in questo periodo appunto della vita delle fanciulle i ratti debbono essere naturalmente più comuni, e spesso si osserva che una donzella di 16 anni e mezzo o più è esposta più frequentemente alla seduzione e alle passioni degli uomini. » Questa emenda fu rigettata dal Consiglio di stato (2). L'oratore del corpo legislativo spiegava questo rigettamento ne' seguenti termini: « I compilatori del nuovo codice han creduto potere abbandonare dopo 16 anni le giovanette alla vigilanza dei loro parenti, alla censura dell'opinione. Hanno essi opinato che dopo 16 anni, la seduzione, non classificata tra' misfatti dalla natura, non potesse esservi compresa dalla società. In questo periodo della vita è ben difficile, attesa la precocità del sesso e la sua eccessiva sensibilità, di distinguere l'effetto della seduzione, dal volontario abbandono. Quando i colpi vibrati al cuore possono essere reciproci, come distinguere lo strale che lo ha ferito? e come mai riconoscere l'aggressore in una pugna in cui il vincitore ed il vinto sono meno nemici che complici? »

Dopo aver preveduto le diverse ipotesi in cui si punisce il ratto de' minori, il Codice penale aggiunge quest'altra disposizione: « Art. 357 (338): nel caso in cui il rapitore avesse sposata la donzella da lui rapita, non potrà essere perseguitato che su laquerela delle persone che, secondo il Codice civile, han dritto di dimandare la nullità del matrimonio nè condannato che dopo essersi pronunziata questa nullità. » Siffatto mezzo di irricecibilità, si osservi primieramente, non si applica soltanto, come insegna Legraverend (3), al caso preveduto dall'art. 356, ma bensì a tutti i casi di ratto, senza distinzione di età o di mezzi adoperati, poichè l'art. 387 non fa veruna differenza.

Esso si fonda su i motivi esposti dall'oratore del governo: « Se il rapitore ha sposato la persona da lui rapita, la sorte del colpevole dipenderà dal partito che prenderanno coloro che han dritto di dimandare la nullità del matrimonio. Se non la dimandano non può aver luogo il procedimento contro il misfatto; altrimenti la pena che sarebbe pronun-

(2) Processi verbali del Consiglio di stato, sezione del 18 gennaio 1810.

(3) Legislazione criminale, t. 1, p. 47, n. 14.

(1) Decis. Cass. 26 mag. 1826; Sirey, 27, 1, 163.

ziata contro il colpevole rifinirebbe sulla persona di cui ha abusato, la quale, vittima innocente della colpa del suo sposo, sarebbe ridotta a partecipare dell'onta di costui. Acciò lo sposo possa essere criminalmente perseguitato neanche basta che la nullità del matrimonio sia stata domandata, ma è d'uopo che sia stata già pronunziata, imperocché potrebbe darsi che all'epoca in cui si fosse intentata l'azione di nullità potesse ai parenti opporsi un motivo d'irrecettibilità, sia perché avessero espressamente o tacitamente approvato il matrimonio, sia perché fosse scorso un anno senza reclamo per parte loro, dopo avere avuto scienza del matrimonio medesimo. Questi mezzi d'irrecettibilità sono stabiliti dal Codice civile. In questo caso, tosto che il matrimonio non potrebbe essere impugnato, le considerazioni da me esposte non permetterebbero perquisizioni sulla condotta dello sposo; e se interessa alla società che niun misfatto rimanga impunito, le interessa vie maggiormente in questa occasione di mostrarsi indulgente e di non sacrificare ad una tardiva vendetta la felicità di una intera famiglia. »

Quindi, secondo il testo dell'art. 357, l'esercizio dell'azion pubblica riguardo al ratto di una minore, quando il rapitore ha sposato la persona rapita, è subordinato a queste due condizioni: che la nullità del matrimonio sia stata domandata e pronunziata da' tribunali; che le persone le quali hanno il dritto di domandarla abbian prodotto querela (1).

« Nondimeno, la necessità di questa seconda condizione stabilita da' Legraverend è stata oppugnata da Mangin (2); questo autore ha opinato « che il vocabolo *querela* debba intendersi della domanda di nullità del matrimonio contratto in disprezzo de' dritti de' parenti o di ogni altra persona, che siavi *querela* delle persone che han dritto di fare annullare il matrimonio, tosto che si è da esse provocato l'annullamento. » Ma Mangin subito aggiunge: Egli è chiaro che se la legge ha fatto dipendere l'esercizio dell'azion pubblica dalla esistenza e dal mantenimento del matrimonio, che se ha perdonato al rapitore in favore del coniuge legittimo, lo ha al con-

trario abbandonato al procedimento del pubblico ministero, tosto che i tribunali lo hanno spogliato di questo titolo. Quai motivi avrebbe avuto la legge per subordinare la procedura alla denominazione delle parti che hanno fatto annullare il matrimonio. A noi pare che questo autore abbia confuso due circostanze distinte, quella di aver le parti solamente chiesta la nullità del matrimonio e quella d'esser stata questa nullità del matrimonio già pronunziata.

La sola domanda per nullità avanzata dai parenti non sarebbe equivalente alla querela richiesta dalla legge. Di fatti, l'art. 357 distingue espressamente la *querela* delle persone che hanno il diritto di chiedere la nullità del matrimonio e la *domanda di questa nullità*. Il testo della legge impedisce dunque che questi due atti possano produrre lo stesso effetto che sieno confusi in uno stesso atto. Inoltre è mai vero che la famiglia, dopo aver chiesta la nullità del matrimonio, non abbia più interesse legittimo a perdonare al colpevole; che i fatti abbian avuto per questa domanda tutta la pubblicità che essa poteva temere? La esposizione dei motivi risponde a questa obiezione: « Perché lo sposo possa esser criminalmente perseguitato non basta che si sia chiesta la nullità del matrimonio, ma è anche necessario che il matrimonio sia stato dichiarato nullo, dappoiché potrebbe darsi che allorché s'intentava l'azione per nullità ci fosse un motivo d'inammissibilità contro i parenti, sia perché avessero espressamente o tacitamente approvato il matrimonio, sia perché fosse trascorso un anno senza che avessero reclamato dopo aver avuto notizia del matrimonio. » Da queste parole rilevasi che nello spirito della legge la domanda di nullità del matrimonio non può tener le veci della querela e mettere in movimento l'azione pubblica, la ragione è semplicissima; questa domanda di nullità può non essere accolta ed allora la famiglia ha interesse che non si apra alcun procedimento criminale.

Ma se sia stata pronunziata la nullità del matrimonio, cangia lo stato delle cose. Per qual motivo sarebbe ancora richiesta la querela? Qual'interesse potrebbero avere i parenti della persona rapita ad estinguere le procedure? La istanza civile non ha forse data al fatto del rapimento tutta la pubblicità? Non sono, forse disciolti i legami che univano il rapitore alla rapita? Divenuto quegli

(1) V. in questo senso Legraverend, t. 1, p. 47, n. 14.

(2) Trattato dell'azion pubblica, n. 145.

estraneo alla famiglia di questa perchè godere del perdono? Inoltre, in questi casi nessun impedimento impone la legge all'azione del P.M. Egli è libero di pingere il procedimento quando il ratto non sia seguito da matrimonio, e di ripigliarne l'esercizio quando il matrimonio è disciolto.

Se l'art 357 (338) vuole che non si muova il procedimento se non sia preceduto da querela, ciò fu perchè esso suppone la esistenza del matrimonio, soltanto questa circostanza motiva e giustifica la sua disposizione eccezionale; ma quando il matrimonio è disciolto questa eccezione svanisce col motivo che aveva dettata, e ritorna invigore il diritto comune.

Può ancora avvenire, in un'ipotesi analoga, che la nullità del matrimonio sia provocata dai parenti del rapitore; or, questa istanza non potrebbe in nulla pregiudicare il diritto esclusivo che hanno i parenti della rapita di far querela contro il rapitore; perciocchè soltanto la famiglia della rapita ha un potente e sacro interesse d'impedirne la procedura e ad essa sola volle il legislatore concedere il diritto di arrestare l'azione pubblica. Le due istanze sono dunque distinte, possono esser promosse separatamente da persone diverse; la domanda di nullità può essere intentata sia dal Pubblico Ministero, sia dai parenti del rapitore, sia da quelli della donna rapita; la istanza del procedimento penale non appartiene che a quest'ultimi, e giammai l'azione penale può mettersi in corso senza il loro consentimento.

La questione della validità o nullità del matrimonio è una questione pregiudiziale per la cui decisione non sono competenti che i tribunali civili (a). Può mai incorrersi il procedimento penale innanzi che sia definitivamente decisa tale questione? L'art. 357 (338) prescrive che il rapitore *non possa esser perseguitato* che a querela delle persone offese, *né condannato che dopo pronunziata la nullità del matrimonio*. Queste espressioni alquanto vaghe hanno spinto il signor Carnot a sostenere: che si potrebbe intentare procedimento penale contro il rapitore ad istanza delle persone che fossero in diritto di dimandare la nullità del matrimonio, quantunque la condanna non possa esser pronunziata innanzi che sia di-

chiarata questa nullità; ciò pel motivo che nella pendenza del giudizio di nullità potrebbero deperire le prove (1). Il signor Mangin ha dimostrato l'errore di tale dottrina (2). L'azione pubblica non avendo altro scopo che l'applicazione della pena non può esser messa in esercizio se prima non si accerti se quel fatto sia o pur, no punito dalla legge: or, il ratto sfugge ad ogni pena fin tanto che sussiste un matrimonio tra il rapitore e la rapita; finchè dunque un giudicato non annulli questo matrimonio il Ministero Pubblico non può procedere ad atto veruno.

Ma questo motivo d'inammissibilità dell'azione penale milita forse anche in favor dei complici del ratto? Questi complici possono esser tradotti in giudizio, mentre il rapitore si è messo al covertto togliendo in moglie la donna che avea rapita? Tale questione si è presentata innanzi la Corte d'Assisa della Senna, la quale ha deciso che la eccezione statuita in favor del rapitore non si estende mica a' suoi complici (3). Per principio generale l'azione pubblica può dirigersi contro i complici quando anche non sia tratto in giudizio l'autor principale, sia a motivo della sua buona fede, sia a motivo di qualche privilegio, quando questo motivo sia puramente personale, e non cessi di esistere il fatto materiale del reato (4). Or, nella ipotesi in disame il matrimonio garantisce il rapitore ma non distrugge il ratto. Important, debbesi notare che il motivo della scusa non fu statuito in favor dell'autore principale, ma in favore della persona rapita e sua famiglia, fu statuito per non rendersi pubblico il loro disonore. Non è questa dunque una scusa personale al rapitore ma un motivo d'inammissibilità contro ogni procedimento, perciocchè qualsiasi procedura farebbe palese lo scandalo del ratto e del matrimonio. D'altra handa, come ammettere che si possa dare corso a procedimento penale di fronte ad un matrimonio consacrato dal consentimento della famiglia. Come intorbidare con la scandalosa pubblicità delle procedure, un matrimonio che la legge ha voluto proteggere? Anche qui, come nell'azione penale per adulterio, l'interesse della stabilità e dell'unione delle famiglie è più grave di quello che potrebbe esi-

(a) Nel regno delle Due Sicilie la nullità del matrimonio debb'esser pronunziata dall'autorità ecclesiastica; vedi articoli 155 e 191 LL. cc. ed art. 20 del concordato del 21 marzo 1818.

(1) Comm. del C. dice Penale sull'art. 357, n. 2.

(2) Tratt. dell'azion pubb. n. 148.

(3) Decisione del 6 marzo 1834. Sirey, 35, 276.

(4) Ved. tom. 1 p. 175.

gere la repressione dei complici del ratto e punizione. È questa una eccezione alle regole dell'adulterio. Questi agenti son garantiti dallo scandalo stesso che ne verrebbe dalla loro le della complicità, ma è fondata su lo spirito della legge e sulla natura speciale del delitto.

CAPITOLO XVIII.

VIOLAZIONE DELLE LEGGI SU LE SEPOLTURE.

Divisione della materia — § 1° DELLE VIOLAZIONI DELLE LEGGI E REGOLAMENTI SU LE SEPOLTURE — Regole del Codice civile — Sanzione delle leggi penali — Caratteri di queste violazioni; esse non costituiscono che contravvenzioni materiali — La sepoltura dei bambini nati morti va forse soggetta alle regole legali? — Distinzione dei feti che si hanno dagli aborti — I parroci che fanno eseguire un seppellimento senza l'autorizzazione dell'ufficiale civile sono mai soggetti a pena? A quali persone è applicabile l'art. 358 (393)? Del seppellimento fatto prima del termine legale. — L'operazione cesarea praticata innanzi che sien trascorse le ore 24 dalla morte rientra forse nei termini di questa legge? — Le contravvenzioni ai regolamenti di polizia sulle sepolture rientrano forse nei termini dell'art. 358 — § 2° DELL'OCCULTAZIONE DEL CADAVERE DI UNA PERSONA UCCISA — Carattere di questo delitto — Complicità dell'omicidio — È mestieri che l'occultazione sia praticata da un terzo estraneo al fatto dell'omicidio — Elemento materiale del reato — Il padre, la moglie o i figli dell'autore dell'omicidio possono andar soggetti all'azione penale per l'occultazione del cadavere della vittima? — § 3° Della violazione dei sepolcri. — Antica legislazione su questa materia. — Carattere del delitto — Fatti diversi che possono costituirli — Della sottrazione fraudolenta del sudario e della bara — Questi fatti possono costituir delitto se precedono il seppellimento? Distinzione tra la violazione del sepolcro e le ingiurie e diffamazioni profferite su di una tomba — Se le pene della violazione del sepolcro possono esser cumulate con la pena del delitto di furto o di ogni altro reato commesso nell'atto di questa violazione. — Commentario degli articoli 358, 359 e 360 del Codice Penale. (Art. 393, 394 e 262 ll. P.)

Il Codice ha riuniti in una stessa sezione tre reati distinti: la violazione delle leggi su i seppellimenti, la ricettazione del cadavere di una persona uccisa e la violazione delle sepolture. Queste tre imputazioni però hanno un legame comune, esse mirano a proteggere le spoglie mortali dell'uomo; ma differiscono pel loro carattere morale, per la loro gravità, e per i fatti che prevalgono; noi dunque disamineremo questi tre atti in tre distinti paragrafi.

§. 1°

Delle violazioni delle leggi e regolamenti sulle sepolture.

Ai termini dell'articolo 77 del Codice civile (82 ll. ce.) nessun cadavere può esser seppellito senza l'autorizzazione dell'ufficiale dello stato civile e ventiquattro ore dopo la morte. L'articolo 81 (86) esige inoltre che risultando indizj o segni di morte

violenta non potrà darsi sepoltura al cadavere se non dopo che sia stato visitato da un ufficiale di polizia assistito da un medico o chirurgo.

L'art. 358 del Cod. Pen. (393 Il. p.) ha per scopo di apportare una sanzion penale a queste disposizioni: È necessario, dice la esposizione dei motivi, che le dichiarazioni sieno fatte non solo per conoscersi i cangiamenti che avvengono nelle famiglie, e per mettere gli eredi in istato di reclamare i loro diritti, ma ancora per non lasciar disperdersi le tracce dei misfatti che avrebbero potuto cagionare la morte di una persona. »

L'articolo 358 (393) è così concepito: Coloro che senza precedente autorizzazione dell'ufficiale dello stato civile, nei casi in cui è prescritta, abbian fatto seppellire persone trapassate, saranno puniti con sei giorni a due mesi di prigionia; senza pregiudizio dell'azion penale per gli altri reati di cui si avessero potuto render colpevoli. La stessa pena avrà luogo contro coloro che abbiano contravvenuto in qualsiasi modo alle leggi e regolamenti sulle inumazioni precipitate. »

Primamente è da osservarsi, e ciò sia detto per ambo i paragrafi di questo articolo, che la doppia infrazione qui preveduta non costituisce che una contravvenzion materiale: la legge non va indagando la intenzione del contravventore, non incolpa la sua volontà; la pena è comminata alla sola mancanza della prescritta autorizzazione, al solo fatto della negligenza. Non può perciò esser di scusa al delinquente nè la sua buona fede, nè la mancanza di ogni disegno criminoso; violate che sieno le formalità prescritte dalle leggi, il violatore può esser punito quando anche provi la sua ignoranza.

La precedente autorizzazione dell'ufficiale pubblico è prescritta, giusta l'articolo 77 del Codice civile (81 Il. cc.) per ogni seppellimento, o che la persona seppellita sia trapassata di morte naturale, o che sia morta di morte violenta. Si è però elevato qualche dubbio riguardo il seppellimento dei bambini nati morti. Di fatti, l'articolo 358 (393) non è relativo che agli *individui trapassati*; or, il bambino la cui vita si è estinta nel nascere o anche prima, può considerarsi come *trapassato* nel senso della legge? Sottoporre il suo seppellimento alle leggi relative agli atti di morte non importerebbe forse dichiarare che egli abbia spirato l'aure di vita, spargere

il disordine nelle successioni? Pera che questa difficoltà sien dileguata da un Decreto del 4 luglio 1806 il quale prescrive: « allorchè sia presentato all'ufficiale dello stato civile il cadavere di un bambino, della cui nascita non siesi preso notamento nei registri, questo ufficiale non dichiarerà mica che tal bambino sia morto ma che gli sia stato presentato morto. Questo atto sarà inserito coll'ordine della sua data nei registri degli atti di morte, senza che se ne possa trarre conseguenza alcuna sulla quistione tendente a deciferare se sia nato vivo o morto ». Così, il voto del legislatore si è che il cadavere del bambino nato morto sia presentato all'ufficiale dello stato civile, che l'atto di questa presentazione sia inserito nei registri di morte; in conseguenza è mestieri concludere che, come in tutti gli altri casi, non può darsi sepoltura a questo cadavere senza l'autorizzazione, e che perciò la omissione di tale formalità rientra nei termini del articolo 358 (393). In questo senso si è pronunziata la Corte di Douai in una decisione i cui motivi furono: « che, ai termini del Decreto del 4 luglio 1806, presentato un cadavere all'ufficiale dello stato civile, sia o pur no nato vivo, debbe sempre essere iscritto nei registri degli atti di morte; che perciò la parola *trapassato*, adoperata dal legislatore nell'articolo 358 (393), ebbe nella mente di lui un significato assoluto, e quindi debbe estendersi anche al caso che il bambino fosse morto nel nascere, che da un sistema contrario verrebbero le più tristi conseguenze per l'ordine sociale (1). » In sostegno di questa opinione puossi aggiungere che può essere di gravissimo interesse l'accertare se il bambino pria di morire abbia vissuto della vita *extra uterina*; che perciò giova che al suo cadavere non si dia sepoltura clandestina, ma sia sottoposto alla visita ed all'esame dell'ufficiale pubblico.

Non v'ha dubbio però che questa decisione non debbasi estendere al seppellimento del feto avuto da un aborto. Quando non vi sia stato parto ma aborto, non si ha mica un bambino, dappoichè non si può applicar questo nome all'informe embrione che n' esce, quindi non vi ha morte; sarebbe dunque cosa inutile e quasi sempre impossibile applicare a

(1) Decis. di Douai, 31 luglio 1829. Giorn. del diritto crim. p. 296.

questa ipotesi la legge relativa ai seppellimenti.

Si è fatta questione: se i Parocchi e Curati sien soggetti alle pene comminate dall' art. 358 (393) quando procedono alle funebri cerimonie di un cadavere senza l'autorizzazione dell' ufficiale dello stato civile. Tale questione debbe risolversi negativamente. Egli è vero, il Decreto del 4 Termidoro anno XIII dispose che: È vietato ai Sindaci, Aggiunti e membri dell' amministrazione municipale permettere il trasporto, la presentazione, il deposito, il seppellimento dei cadaveri, o l' apertura dei sepolcri; ai somministratori di funebri apparati di somministrar questi apparati; ai Parocchi, Economi e Curati di andare a levare alcun cadavere o accompagnarlo fuori i tempi e le chiese senza che si presenti loro l'autorizzazione data dall' ufficiale dello stato civile, e ciò sotto pena d' essere tradotti in giudizio come contraventori alle leggi. Ma primamente, n' essa legge speciale è venuta a sanzionare questa disposizione; in secondo luogo, l' art. 358 (393) non punisce che quelli i quali avran fatto seppellire, e in conseguente non già quelli che hanno assistito a questo seppellimento, ma soltanto quelli cui la legge impone l'obbligo della dichiarazione legale, e che hanno presi i provvedimenti necessari per questi seppellimenti. Questa interpretazione è stata proclamata da una Decisione della Corte di Cassazione i cui motivi sono: « che il Decreto del 4 termidoro anno XIII, il quale vieta ai Parocchi e Curati di andare a levare alcun cadavere o accompagnarlo fuori i tempi e le chiese, senza esser muniti dell'autorizzazione dell' ufficiale dello stato civile, non contiene alcuna speciale sanzione; che non può trovarsi questa sanzione nell' articolo 358 Codice Penale (398) il quale prevede fatti diversi, e non parlando se non di coloro i quali hanno fatto seppellire un individuo trapassato non ebbe di mira che quelli i quali hanno qualche interesse al seppellimento, nè può applicarsi ai Parocchi e Curati i quali non fanno che levare i cadaveri ed accompagnarli fuori i tempi e le chiese (1) ». La stessa Decisione si applicherebbe ai Sindaci, Aggiunti ed altre persone enunciate nel Decreto del 4 termidoro anno XIII.

(1) Decis. Cass. 27 Genn. 1838, Giorn. del dir. crim. 1838, p. 61.

L' articolo 358 (398) dopo aver preveduto nel suo primo paragrafo i seppellimenti clandestini, si occupa nel paragrafo secondo dei seppellimenti *precipitati*. Il seppellimento è *precipitato* quando sia fatto prima di spirare le ore ventiquattro dalla morte, fuori i casi preveduti dalle leggi e regolamenti (articolo 77 Cod. civ. 81 II. cc.), ed in oltre quando sia fatta pria della visita prescritta da svariate disposizioni legislative.

Il termine di 24 ore può essere abbreviato 1° quando trattasi del cadavere di un giustiziato (art. 83 Cod. civ.), 2° allorchè per misure sanitarie l' ufficiale pubblico prescrive che si dia al cadavere pronta sepoltura.

Per contrario, questo termine di 24 ore debbe prolungarsi sino a che siasi adempiuto alle verificazioni prescritte dalla legge, 1° tutte le volte che si abbiano segni o indizii di morte violenta art. 81 Cod. civ. (86 II. cc.) 2° quando degli operai sien periti per accidente nello scavo di una miniera (2).

Si è voluto riguardare come seppellimento precipitato l' operazione cesarea eseguita pria che fossero trascorse le 24 ore dalla morte; la Corte di Cassazione rigettò questa pretesa dichiarando che questo fatto non costituiva una contravvenzione alle leggi e regolamenti sulle sepolture (3). Di fatti, seppellire un cadavere, o fare l' operazione cesarea su questo cadavere sono due atti differenti che non hanno lo stesso carattere, che non presentano pericoli egualmente gravi. Se in materia penale è vietato ogni argomento di analogia, qui non vi è neppure alcuna analogia da potersi invocare.

L' articolo 358 (393) non punisce che il seppellimento senza autorizzazione, e la violazione delle leggi e regolamenti relativi ai seppellimenti *precipitati*. Rimane perciò una grave lacuna in quel che concerne le altre

(2) L' art. 18 del Decreto del 3 Genn. 1813 prescrive: s' ingiunge espressamente ai Sindaci ed altri ufficiali di polizia di farsi presentare i cadaveri degli operai che fossero periti per qualche accidente nello scavo di una miniera, e di non permettere che gli si dia sepoltura innanzi di stendersi processo verbale dell' accidente che ha cagionata la morte giusta la disposizione dell' art. 81 Codice civ. (86 II. cc.) sotto la pena comminata degli art. 358 e 359 Cod. Pen. (393 e 394 II. p.)

(3) Decis. Cass. 1 Marzo 1854; Sirey, 34 382.

disposizioni sulla polizia delle sepolture, esse non sono munite di sanzione alcuna (1).

Di fatti, ai termini dell'articolo 16 del Decreto del 23 Pratile anno XII, i luoghi di sepoltura, o che appartengano ai comuni o che appartengano ai privati sono sottomessi all'autorità, polizia e sorveglianza delle amministrazioni municipali. Ma la legge non ha prescritta alcuna pena per le infrazioni dei provvedimenti emanati da queste amministrazioni. Epperò a buon diritto la Corte di Cassazione ha deciso che il seppellire un cadavere fuori il Cimiterio comune non costituirebbe mica la infrazione preveduta dall'articolo 358 (393) quando questo seppellimento fosse stato preceduto dall'autorizzazione del Sindaco, ancorchè quest'autorizzazione si fosse data colla condizione di seppellirsi il cadavere nel cimitero comune (2); l'articolo 358 (393) non richiede che una sola condizione, il permesso di darsi sepoltura al cadavere, conceduto questo permesso non vi è più reato, quali che sieno le altre contravvenzioni alla polizia dei sepolcri.

Intanto, la stessa Corte impressionata dalle conseguenze d'una tale impunità, ha cercato un rimedio nell'applicazione della pena di polizia. Una prima decisione portava: « che il Decreto del 4 termidoro anno XIII relativo alla polizia di Sepolcri, rientra nei poteri dati dalla legge all'autorità amministrativa, ed in difetto di speciale sanzione la trovi nelle disposizioni dell'articolo 600 e 606 del Codice del 3 Brumajo anno IV, le quali si applicano a tutte le contravvenzioni di polizia che non sono testualmente punite dalle leggi penali (3). » Una seconda decisione dispose: che l'articolo 16 del Decreto del 23 Pratile anno XII conferisce all'amministrazione municipale la polizia e la sorveglianza dei luoghi di sepoltura; che questa polizia e sorveglianza contiene anche il diritto di vietare ogni sepoltura privata in luoghi diversi dal cimiterio comune; che

il divieto emanato su tal riguardo dal sindaco è di pieno diritto obbligatorio sotto le pene di polizia che ne sono la sanzione legale, finchè non sia questo divieto rivorato se ci ha luogo dall'autorità superiore (4). La quistione che nasce da queste due Decisioni sul punto di sapere: se sieno applicabili le pene di polizia alla infrazione dei regolamenti amministrativi che non comminano alcuna pena, si attiene piuttosto alle materie di polizia, e noi per non scinderne l'esame crediamo rinviarla al capitolo che tratta di tali materie.

§. 2.

Dell' occultazione del cadavere d' una persona uccisa.

Qui la preveggenza della legge non ha in mira di proteggere le spoglie mortali del morto e di prevenire dei funesti errori, ma sibbene d' impedire che si possa sottrarre alla giustizia la notizia, o la la prova di un misfatto.

L'articolo 359 (394) è così concepito: chiunque abbia nascosto il cadavere di una persona uccisa, o morta per effetto di percosse o ferite, sarà punito con una prigionia di dieci mesi a due anni, e con un'ammenda di cinquanta a quattrocento franchi (1° al 2° grado di prigionia per le leg. delle due Sic.), senza pregiudizio delle pene più gravi se abbia preso parte al reato.

Il fatto preveduto da questo articolo non è, come nell'articolo 338 (393), una semplice infrazione materiale, una contravvenzione ai regolamenti sulle sepolture; esso costituisce un vero reato morale; il colpevole non si limita a non dichiarare la morte, ma ne asconde il cadavere, la sua intenzione è di sottrarre alla giustizia le tracce del misfatto, e l'autore di esso; egli inganna la società, si rende in certo modo complice dello stesso misfatto, che quasi fa suo dando opera a disperderne le vestigia. l'ercio il Codice penale del 1791 classava questo reato fra gli atti di complicità e lo puniva come

(1) Il progetto del Codice Belgio ha colmata questa lacuna, aggiungendo nel secondo paragrafo dell'articolo 358 questa parola: alle leggi e regolamenti relativi ai luoghi delle sepolture ed ai seppellimenti precipitati.

(2) Decis. Cass. 14 aprile 1838; Sirey, 38, 449, 12 Luglio 1839, ib. d., 1839 — in senso opposto, Decis. Lione 12 Dicembre 1833. Sirey 34, 541.

(3) Decis. Cass. 27 gennaio 1832. Sirey, 32, 386.

(4) Decis. Cass. 14 aprile 1838. Sirey, 38, 449.

misfatto: chiunque, prescrive questo Codice, sarà convinto di aver nascosto e ricettato il cadavere di una persona uccisa, ancorchè non sia complice dell'omicidio sarà punito con quattro anni di detenzione. » Ma il legislatore del 1810 ragionevolmente ha osservato che qui non trattavasi di un vero atto di complicità, giacchè la ricettazione del cadavere della vittima non è un atto di assistenza prestata alla esecuzione di questo misfatto, il solo scopo dell'azione è di favorire la impunità del colpevole; essa dunque costituisce un reato distinto che ha un carattere speciale, e che non può in modo alcuno vestire la gravità del reato cui vuole sottrarre alla giustizia, poichè questo atto non ha mica coadiuvato l'autore di esso. La legge dunque lo ha punito sufficientemente assoggettandolo ad una pena correzionale. Del rimanente, il carattere speciale di questo delitto è stato delineato da una Decisione della Corte di Cassazione la quale ha ritenuto: « che colui il quale nasconde il cadavere d'una persona uccisa commette una specie di complicità in detto omicidio, nella stessa guisa che colui il quale ricetta un oggetto furtivo diventa complice del furto; che se la legge commina una semplice pena correzionale contro la complicità del primo caso, lo è perchè questa specie di complicità non ha per oggetto di aiutare l'omicida ma soltanto di procurare la sua impunità (1).

Di lì ne conseguiva che l'occultazione del cadavere non può essere apposta agli autori dell'omicidio o delle ferite come un reato distinto; perciocchè non si può ad un tempo aggravarsi contro un individuo l'accusa e la reità di autore e complice di un fatto; d'altra banda, la occultazione del cadavere non è per l'autore dell'omicidio un fatto nuovo che possa costituire reato distinto, ma è la conseguenza dello stesso misfatto. Dunque, l'articolo 359 (394) non si può applicare che alle persone le quali non presero parte nell'omicidio e nelle ferite, nè s'indussero ad occultare il cadavere che per giovare all'omicida, per sottrarlo alle perquisizioni della giustizia.

Fissato in tal modo il carattere del reato è mestieri determinare i fatti materiali che lo costituiscono. Questi fatti sono al numero

di due: il primo ~~consiste nel nascondere o nascondere~~ il cadavere; i mezzi adoperati per eseguire ciò non menano a conseguenze legali, perciocchè la legge non li ha definiti: un seppellimento clandestino, fatto senza le debite dichiarazioni, può costituire il fatto della ricettazione. Sta scritto nella esposizione dei motivi: « coloro cui la legge impone il debito di fare le dichiarazioni non debbono perder di vista che ove elevi qualche presunzione di morte violenta, la loro negligenza li esporrebbe ad esser tradotti in giudizio come ricettatori del cadavere di una persona uccisa. »

Il secondo fatto materiale che costituisce del pari tale reato si è che la persona, il cui cadavere sia stato nascosto, sia veramente trapassata di morte violenta; se dalla pubblica discussione non rimanesse provato questo genere di morte il delitto cesserebbe di aver vita, poichè la occultazione non avrebbe più uno scopo criminoso; il fatto non potrebbe esser dedotto in giudizio che come una infrazione ai regolamenti sulle sepolture.

Un autore ha opinato che i genitori, i fratelli e le sorelle dell'individuo, che ha commesso l'omicidio o date le ferite o percosse, sieno implicitamente eccettuati dalle disposizioni dell'articolo 359 (346), attesochè la legge non può costringerli a denunziare il misfatto de' loro fratelli, dei loro figli (2). Egli è vero che l'articolo 107, di presente cancellato dal Codice Penale (art. 146 II. p.) esentava dalla pena della non rivelazione i coniugi, i fratelli e sorelle, gli ascendenti e discendenti dell'autore del misfatto; ma primamente, poichè questa eccezione scritta nell'articolo 107 (146) non è stata ripetuta nell'articolo 359 (394) non è concludere che la legge non l'abbia voluta ammettere in questo ultimo articolo; inoltre altra cosa è la denunzia, altra è l'occultazione del cadavere; vi è una certa ripugnanza a denunziare un prossimo parente che abbia commesso un reato, ma questa stessa ripugnanza sentesi ancora a rendersi in certo modo complice del misfatto di lui, occultando il cadavere della vittima (3); nondimeno non dissentiamo che in siffatte occorrenze la se-

(1) Carnot. Com. del Cod. Pen. t. 2, p. 176.

(2) Intanto il signor Haus nel suo lavoro sul progetto del Codice Penale Belgio, seguendo il Carnot, propone d'introdurre questa eccezione nell'art. 359.

(1) Decis. Cass. 21 settembre 1815.

verità della legge non debba esser modificata dalla dichiarazione delle circostanze attenuanti.

§ 3.

Della violazione dei Sepolcri.

In tutti i tempi, presso tutti i popoli il culto dei morti è stato considerato come un sentimento morale e religioso; questo sentimento è impresso nella nostra coscienza che s'irrita degli oltraggi diretti contro le ceneri dei delinquenti: tutte le legislazioni hanno puniti questi oltraggi.

La legge Romana risguardava la violazione dei sepolcri come una specie di sacrilegio (1), coloro che toglievano i cadaveri dai loro sepolcri erano puniti, secondo la rispettiva condizione, o coll'ultimo supplizio o con la deportazione: *Rei sepulcrorum violatorum, si corpora ipsa extraxerint, vel ossa eruerint, humilioris quidem fortunae summo supplicio adficiuntur; honestiores in insulam deportantur* (2). La pena capitale era del pari applicata a coloro che a mano armata spogliassero i cadaveri: *adversus eos qui cadavera spoliant, praesides severius intervenire: maxime si manu armata adgrediantur: ut si armati more latronum, id egerint etiam capite plectantur; si sine armis usque ad poenam metalli procedant* (3). Da ultimo, ogni degradazione delle tombe, come a dire, il togliere delle pietre, delle colonne, delle statue o altri ornamenti era punita o coi lavori delle miniere, o con pene pecuniarie (4), quest'ultima pena era applicata ai giudici che avessero neglittato di dedurre in giudizio questi fatti. (5)

Nel nostro antico diritto la pena della violazione dei sepolcri era arbitraria, e dipendeva dalla qualità delle persone (6). Quan-

do il misfatto fosse stato commesso in una chiesa, in un cimitero partecipava del carattere di sacrilegio, e se fosse stato accompagnato da furto o frattura poteva esser punito con la morte o la galera. Le pene ordinarie si aggravavano contro i becchini che spogliassero quei morti cui avevano il carico d'interriare.

Il legislatore non poteva omettere di riprodurre questa imputazione. Diceva l'oratore del corpo legislativo. « La legge che tutela l'uomo dalla nascita fino alla morte, non l'abbandona mica nel momento in cui ha cessato di esistere e quando non rimane di lui che la spoglia mortale, voi troverete nel progetto una disposizione contro coloro che, senza rispetto per l'ultimo asilo, violassero i sepolcri, turbassero le ceneri dei morti o profanassero le tombe. »

Questa disposizione è così concepita: « Sarà punito con una prigionia di tre mesi ad un anno e un'ammenda di 16 a 100 fran. (1. grado di prigionia ed ammenda correzionale per le leg. delle due Sic.) chiunque violasse tombe e sepolture, senza pregiudizio delle pene pei misfatti o delitti che vi fossero connessi.

Il fatto costitutivo del delitto stà nella violazione materiale del sepolcro, il suo carattere morale nell'oltraggio che viene da questa violazione.

« Il reato di violazione di sepolcro, dice Jousse, commettesi in svariati modi. 1. Dissotterrando i cadaveri o traendoli dalle loro tombe per fare delle operazioni anatomiche; 2. Spogliandoli delle loro vesti per rubarle. 3. Distruggendo le loro tombe, epitaffi o fregi. 4. Impedendo che un cadavere sia interriato: troncando o ferendo qualche membro di un corpo morto (7). »

La più parte di questi fatti debbono tuttora risguardarsi come costitutivi il delitto di violazione di sepolcro. E primamente, pare non possa esservi dubbio che il fatto di dissotterrare un cadavere, non rientri nelle disposizioni della legge, ancorchè si abbia in mira l'esercizio degli studi. I regolamenti degli ospedali hanno assicurato alla scienza i soggetti su cui fare gli studi delle sue investigazioni; la violazione di un sepolcro non potrebbe esser giustificata con questo pretesto. Il sepolcro è una cosa sacra *res re-*

(1) L. 1 e 9 Cod. de Sepulcro violato.

(2) L. 11 Dig. de sepulcro violato.

(3) L. 3, §. 7, Dig. de sepulcro violato. I giuriconsulti hanno fatto lunghe dissertazioni su le parole *usque ad* di questa legge, per stabilire che queste parole tendevano a fissare o il *maximum* o il *minimum* della pena.

(4) L. 2 cod. tit. Pauli sentent. lib. 1. tit. 21.

(5) L. 3 cod. tit.

(6) Jousse tom. 3. pag. 667; Darcrau, nel suo trattato delle ingiurie, p. 89.

(7) Tom. 3. p. 666.

ligiosa; non vi può essere alcun motivo che permetta di metterci le mani se non quando sia ciò comandato da un urgente interesse pubblico, come sarebbe per reprimere un reato. D'altra banda un sepolcro è la proprietà di una famiglia, e questa famiglia non dee sentire il dispiacere di veder uno dei suoi membri disotterrato dalla tomba ed abbandonato a mani straniere.

La sottrazione fraudolenta del sudario e delle vesti in che sta avvolto il cadavere nella bara, la sottrazione di questa stessa bara e degli oggetti che vi sono inchiusi sia per segni di affetto sia per *indice* di memorie, costituisce evidentemente una violazione di sepolcro (1), lo stesso è di tutti gli atti di distruzione commessi su la tomba, i loro ornamenti, o gli oggetti che la ricoprono e la decorano. Ma i termini della legge si estendono forse alla bara che non fu ancora collocata nel sepolcro? il legislatore ha inteso proteggere soltanto le tombe, o non piuttosto le spoglie mortali dell'uomo da che ha cessato di vivere? Tale questione si è presentata in una causa la quale offriva il seguente fatto: un uomo, dopo aver proferiti improprie ed ingiurie ad un defunto, dicendo le sue parole alla di lui bara, avea scagliata una pietra sopra questa bara che n'era rimasta infanta; la Corte di Bordeaux dichiarava che questo atto era una violazione di sepolcro (2), a noi pare che non si possa andare in altra sentenza; è vero che l'articolo 360 (362) non parla che di violazione di *sepolcri* o *tombe*, ma queste parole debbono applicarsi alle spoglie mortali dell'uomo tosto che sien collocate nella bara; da questo istante incomincia l'atto del seppellimento, il cadavere riposa sotto le ali della religione, si prepara per la pace della tomba, dee quindi godere della protezione onde questa è garantita dagli oltraggi profani. D'altra banda, quali motivi potrebbero permettere di far distinzione tra la bara e la tomba? a che tanto rispetto per questa se lice oltraggiar quella? può mai patirsi che un cadavere sia portato nel suo ultimo asilo con l'accompagnamento di oltraggi? non è forse la bara una prima tomba non men sacra di quella che si scava

in terra? non sono forse le spoglie mortali dell'uomo anziché la tomba stessa, quella cui la legge intese di proteggere da ogni profanazione?

La Corte di Cassazione ha giudicato che si ha il reato di violazione di sepolcro nel fatto di percuotere con un bastone la tomba dei morti dirigendo reiterate ed oltraggianti interpellazioni ai mani di quelli che vi stanno sepolti; i motivi di tale decisione furono: « che le disposizioni dell'articolo 360 (262) appartengono ad un titolo di questo codice che ha specialmente in mira la protezione dovuta ai sepolcri; che lo scopo principale di esse si è di reprimere non solo gli attentati materiali commessi contro le ceneri dei morti ma ogni atto che tende direttamente a violare il rispetto loro dovuto; che questo rispetto è stato espressamente imposto ai cittadini e messo sotto la protezione delle leggi dall'articolo 17 del Decreto dei 30 pratile anno XII; che la tomba e le spoglie mortali che essa racchiude debbono tenersi come un tutto indivisibile, altrimenti i più gravi oltraggi, che non fossero delle parole o dei discorsi o che non fossero proferiti in pubblico rimarrebbero impuniti (3).

Noi non dubitiamo ad ammettere la dottrina di tale decisione, perciocché il fatto cui essa applicava l'articolo 360 (262) era un oltraggio materiale, perciocché era stata materialmente violata la religione della tomba; or, se il diritto di violazione di sepolcro suppone un atto materiale, la legge non ha definito questo atto, essa ha lasciato al criterio dei giudici la valutazione della sua gravità e della sua natura. Non sarebbe poi lo stesso se il colpevole si fosse limitato a preferir delle ingiurie e degli oltraggi contro una tomba senza aggiungerli ad un fatto materiale: queste parole oltraggianti e contrarie al rispetto dovuto alle ceneri dei morti potrebbero anche esser punite ma sotto altro aspetto e come costitutivi un altro delitto; non sarebbe più una violazione di sepolcro ma un reato d'ingiuria e di diffamazione, allora sarebbe applicabile solo la legge dei 17 maggio 1819. Importa dunque distinguere se l'oltraggio consiste semplicemente in parole, o in gesti fatti e in azioni commesse sulla tomba stessa; l'arti-

(1) Decis. Cass. 17 maggio 1822; Sirey, 22, 1, 298.

(2) Decis. Bordeaux, 9 dicemb. 1830; Sirey, 31, 263.

(3) Decis. Cass. 22 agosto 1839; Sirey, 39, 928.

colo 360 (262) non potrebbe essere applicato che a quest'ultimo caso-

L'articolo 360 (262) finisce con la seguente disposizione: *senza pregiudizio delle pene contro i misfatti e delitti che vi fossero connessi*. Questa addizione (sopp. nelle leg. delle due Sic.) tutta speciale dà luogo ad una grave difficoltà. Di fatti, è da notarsi che quest'articolo non prescrive, come l'articolo 359 (391) *senza pregiudizio delle pene più gravi*, il che esclude un'altra pena; per contrario pare che il legislatore abbia voluto che le pene dell'articolo 360 (262), in caso di altri misfatti concomitanti, fossero cumulate con le pene proprie a questi misfatti. Tale è anche la interpretazione data a questo paragrafo della Corte di Cassazione (1).

Intanto, egli è principio generale, consacrato dall'articolo 365 del codice d'istruzione criminale, che l'individuo accusato di più reati non può avere che la pena del

reato più grave; allorché la legge volle fare delle eccezioni a questo articolo si è espressa con una disposizione speciale, come nel caso dell'articolo 245 del Codice Penale. Puossi forse vedere qualcuna di tali eccezioni nell'articolo 360? I suoi termini sono forse formali e precisi intorno a ciò? Non debbesi forse piuttosto presumere che la frase finale di questo articolo esprima la stessa idea di quella che si legge nella fine de' due articoli precedenti, e che in questi tre casi il legislatore non abbia voluto che enunciare una riserva pel procedimento di un reato più grave? Il ravvicinamento di questi tre articoli, la forma quasi identica della loro compilazione, la espressione di una disposizione analoga in tutte tre le ipotesi, c'inducono ad opinare che questa disposizione abbia lo stesso significato, lo stesso valore; se i termini dell'articolo 360 sono più vaghi, non è che colpa di erronea compilazione; ma si deve star guardigno a non stabilire, in forza di quegli oscuri termini, una arbitraria eccezione ad un principio che domina tutti i testi dei nostri codici.

(1) Decis. 17 Maggio 1822. Dallon, 28, 888; ivi, 22, 297.

CAPITOLO XIX.

DELLA FALSA TESTIMONIANZA

Carattere generale di questo misfatto — Divisione di questa materia — Elementi della falsa testimonianza. — La prima condizione si è una testimonianza contraria alla verità. — Cosa debbesi intendere con la parola testimonianza — Le deposizioni fatte per semplici indicazioni non sono testimonianze. — Le dichiarazioni degli imputati ed accusati non possono esser apposte a reato per la loro falsità — Il testimone che, per non incolpar se stesso, fa una falsa dichiarazione può essere soggetto ad azione penale? — In quali casi una testimonianza si reputa contraria alla verità? — È necessario che l'alterazione versi sopra circostanze essenziali del fatto? — Quali circostanze debbono tenersi come essenziali o come accessorie al fatto? — Dell'alterazione del nome, delle qualità, dei rapporti di parentela del testimone — Il niego di rispondere non può essere equiparato alla falsa testimonianza. — Distinzione in ciò che riguarda le reticenze, le deposizioni negative, le variazioni e le contraddizioni dei testimoni — La seconda condizione del reato è la possibilità di un danno — Applicazione di questo principio alle materie civili; — alle materie criminali — Una deposizione non è dannosa se non quando non sia ritrattata. — Perciò il reato non può risultare che da una deposizione fatta in dibattimento. — Il testimone può ritrattarsi fino alla chiusura dei dibattimenti. — Applicazione di questo principio alle materie criminali e correzionali — Interruzione della deposizione. — Tentativo. — Effetti dell'annullamento della condanna e del rinvio della causa ad altro giudizio — Perché sievi reato i due elementi che lo costituiscono debbono essere accompagnati da dolo. — Cosa debbesi intendere in questa materia per dolo — Esame dei diversi modi di commettere la falsa testimonianza. — In materia criminale è necessario che la falsa testimonianza sia resa o contro l'imputato o in suo favore. — Distinzione teoretica di queste due ipotesi — In materia civile la perpetrazione del reato porta qualche differenza. — Esame dei caratteri speciali. — Cosa debbasì intendere per falsa testimonianza in materia civile — Delle pene applicabili a questo reato per diritto romano — per diritto antico — per le leggi intermedie — pel Codice penale — Circostanze aggravanti che risultano dalla condanna dell'accusato ad una pena maggiore dei lavori forzati a tempo — Della corruzione del falso testimone per mezzo di doni o promesse. — Della subornazione dei testimoni. — La subornazione non è che un atto di complicità della falsa testimonianza — Conseguenze di questa regola — È mestieri che sievi una falsa testimonianza già resa — La subornazione non è che una provocazione al reato — Del falso giuramento — Caratteri di questo reato — Effetti e norme del procedimento penale — Commentario degli articoli 361, 362, 363, 364, 365 e 366 Codice Penale (Art. 188 a 195 LL. P.)

V ha pochi misfatti contro di cui si fosse — tori quanto la falsa testimonianza. Giulio ro tanto energicamente inveiti gli antichi au- | Claro afferma che nessuna azione è più

dannevole alla società: *arbitror nullum esse crimen perniciosius reipublicae* (1). Farinacio vi vede congiunti tre reati distinti, cioè, contro Dio il cui nome si spergiura, contro il giudice che inganna, e contro gli uomini che rende vittima di una ingiustizia: *Detestabile falsi testis crimen est: Deo, iudici et hominibus obnoxius est, triplicemque facit deformitatem, perjuri nempe, injustitiae et mendacij* (2). Lo stesso autore aggiunge: *Falsi testes peiores sunt furibus, latronibus et abigeis*.

E per fermo, la falsa testimonianza è un atto grave per se stesso: il testimone tradisce un giuramento prestato solennemente, il suo spergiuro ha per scopo d'ingannare la giustizia e d'imporre un mendacio al suo giudizio; ma la gravità di questo misfatto dipende principalmente dal oggetto cui si applica; la falsa testimonianza è un arma segreta con cui il colpevole spoglia le sue vittime, le disonora o le assassina; questo misfatto dunque partecipa ora del furto, ora della calunnia, ora dell'assassinio; talvolta ha per unico scopo di nascondere il misfatto, sottrarre il colpevole alla pena, ed allora la intera società rimane offesa da questa deplorabile debolezza. In tal modo, la falsa testimonianza percorre, per così dire, tutta la sfera delle reità secondo lo scopo che si propone, secondo la natura del misfatto che vuole compiere.

Questa interessante materia è seconda di difficoltà e di ardue quistioni; le molte controversie cui essa ha dato luogo non sono ancora tutte risolte. Noi ci studieremo di stabilire i principj generali che la dominano, con la scorta di essi debbono andar risolti tutti i punti controversi. Primamente, ci faremo ad indagare le circostanze costitutive del misfatto, i suoi elementi; in secondo luogo discorreremo le diverse ipotesi in cui va soggetto a pena; da ultimo, metteremo ad esame le pene che lo colpiscono comparandole con quelle che lo colpivano sotto le svariate legislazioni de' tempi andati.

Il Codice Penale non ha definito questo reato: gli articoli 361 e 362 (188 e 189) si limitano a punire chiunque sarà colpevole di *falsa testimonianza*. I suoi caratteri costituti-

tivi non son mica determinati, spetta dunque alla scienza supplire al silenzio della legge.

Due elementi sono necessari per costituire la falsa testimonianza.

1° Una testimonianza contraria alla verità;

2° La possibilità di un danno per causa di questa testimonianza. Noi dunque ci faremo a stabilire e sviluppare queste due regole.

Il primo principio a dedursi dallo stesso testo della legge si è che il reato non ha vita se non quando sia commesso con rendere una testimonianza; or, una testimonianza, nel significato legale della parola, è una deposizione fatta in giustizia sotto la santità del giuramento; non ogni falsa dichiarazione costituisce dunque una falsa testimonianza. Da ciò molti interessanti corollari.

Il primo si è che le persone, le quali sono chiamate in giudizio per dare semplici indicazioni che sono state intese senza prestare giuramento, non possono esser accusate di falsa testimonianza. E per fermo, la legge non le considera come testimoni, essa le spoglia di questo titolo, non chiede loro che semplici dilucidazioni, esse riferiscono i fatti di cui hanno notizia ma non li affermano, danno semplici indicazioni non rendono testimonianza. Se la loro dichiarazione è falsa son colpevoli di mendacio, di un atto immorale, ma questa immoralità è men grave di quella di un testimone, dappoichè non hanno affermata questa dichiarazione con giuramento, non hanno tradita la fede di questo giuramento; nè pari è il danno nelle due ipotesi, perciocchè i giudici debbono naturalmente fidarsi dei testimoni che depongono sotto la santità del giuramento, mentre delle dichiarazioni di coloro che sono chiamati per dare semplici indicazioni terranno quel conto che loro parrà meglio convenevole. Questa distinzione era stata fatta dagli antichi giureconsulti che avevano notata la gradazione de' reati onde vanno separati questi due atti, la divergenza delle loro opinioni cadeva soltanto sulla pena da applicarsi al testimone inteso senza giuramento: taluni opinavano che non si dovesse comminare alcuna pena, poichè, a loro avviso, un testimone che non avesse prestato giuramento non sarebbe mica testimone (3); altri volevano che si applicasse in questo caso una pena straordinaria, cioè, men rigorosa della pe-

(1) Prat. crim. quistione 52, n. 7. Tale è anche il pensiero espresso da Damuderio, cap. 121, n° 4. p. 385.

(2) Quist. 67, n. 1, e leg. Canoniche.

(3) Farinacio, quest. 67, n. 134. L. jurisjurandi, cod. de testibus.

na ordinaria della falsa testimonianza (1). Forse il nostro codice avrebbe dovuto mantenere in vigore questa ultima distinzione più consentanea alla morale e agli interessi della giustizia (a).

Epperò, non può intentarsi azione per falsa testimonianza contro le persone che non sono intese in dibattimento se non in forza del potere discrezionale del Presidente delle Assise; perciocchè, ai termini dell'articolo 269 del Codice d'Istruzione Criminale, i testimoni così chiamati a deporre non presteranno giuramento e le loro dichiarazioni saranno tenute come semplici indicazioni.

Nessun'azione penale può del pari essere intentata contro gli individui condannati alla degradazione civica o alla interdizione di certi diritti; perciocchè, ai termini dell'articolo 34 del Codice Penale, i primi non possono deporre in giudizio che per dare semplici indizi e i secondi, ai termini dell'articolo 42 dello stesso Codice, sono interdetti dal diritto di far da testimoni per altri oggetti che per fare semplici dichiarazioni.

Altro corollario dello stesso principio si è che gli imputati e gli accusati i quali, nell'interesse della loro difesa, fanno false dichiarazioni non possono in verun caso esser tradotti in giudizio per falsa testimonianza, perciocchè nessuno è reputato testimone nella propria causa, *nullus in re sua testis intelligitur* (2); seguendo queste massime la legge degli 8 ottobre e 3 novembre esenta gli accusati dal giuramento.

Debbesi forse applicar questa sentenza al testimone il quale non altera i fatti da lui deposti che per non accusar se stesso? La Corte di Cassazione ha deciso tale questione negativamente. La Corte di Colmar avea dichiarato non esservi luogo ad accusa contro un falso testimone pel motivo che egli non poteva essere astretto a dichiarare un fatto col quale avrebbe accusato se stesso. Questa decisione fu messa nel nulla per le considerazioni; che la legge non faceva alcuna eccezione; che la santità del giuramento non consente farsene alcuna; che pel solo riflesso di aver l'imputato invocata la di-

vinità a testimone delle sue parole e delle sue dichiarazioni, non poteva più per nessun riguardo personale essere sgravato dall'obbligo di adempiere ai sacri doveri impostigli dal giuramento (3).

Pare che a questa decisione possano farsi molte obiezioni. Non intendiamo già dire che non si debba in tutt'i casi dichiarar la verità alla giustizia; lungi da noi questo pensiero; noi opiniamo che ogni cittadino, chiamato a deporre innanzi la giustizia, debba sempre dichiarare la verità quando anche questa fosse per essere nociva a lui stesso; è questo un dovere che gl'impone la società, cui egli deve adempiere anche col proprio danno; egli dunque commette un atto immorale se dissimula o falsifica i fatti che sono a sua notizia, sul motivo che questi fatti accusano lui stesso; ma commette forse il reato di falsa testimonianza? « La ragione del dubbio, dice il sig. Bourguignon, nasce da che cessa d'esser riguardato come testimone chi deve deporre su fatti che possono esser di accusa a se stesso. Il giuramento prestato non può riferirsi che a quei fatti su i quali può validamente far da testimone e non già a quelli che risulterebbero a suo carico (4) ». E per fermo, il testimone cangia carattere e diventa imputato allorchè la sua deposizione può portare alla conseguenza di accusar se stesso; egli deve godere de' privilegi della difesa, merita scusa se altera i fatti che lo accuserebbero. E poi, non sarebbe cosa odiosa astringerlo, sotto pena di falsa testimonianza, ad accusar se stesso e valersi di questa deposizione resa sotto giuramento per procedere alla sua condanna? Del rimanente, la reità della sua azione si modifica dallo stato in cui egli si trova; se non dice la verità non è per nuocere ad altri ma per salvar se stesso, non è spinto dal desiderio di nuocere ma dalla propria difesa e tutta la questione sta in tale parola.

Questa fu la soluzione data in tutt'i tempi a tale controversia. La Legge Romana prescriveva espressamente non potersi intendere per testimonianza che la deposizione fatta nella causa altrui: *Qui falsa vel varia testimonia dixerunt, vel utrique parti prodiderunt a iudicibus competenter puniuntur* (5). Inoltre,

(1) Farinaccio *ibid.*, n. 198. Giallo Claro, §. falsum, n. 11.

(a) A ciò si è provveduto dalle leg. pen. delle Due Sicilie coll'art. 195.

(*) L. 20. Dig. de testibus.

(3) Decis. Cass. 27 agosto 1824. Dalloz, 27, 119; Sirey, 25, 30.

(4) Giuris. dei Codici crim. tom. 3, p. 348.

(5) Leg. 16 Dig. de testib.

nissuno poteva essere ammesso a far da testimone nella propria causa: *Omniſus in re propria dicendi testimoni facultatem jura submoverunt* (1). Bojardo applica questo principio alla stessa ipotesi in esame. *Testis deponeſ falſum de aliquo delicto in quo ſiſ ſoc'us criminis, non debet puniri de falſo nec aliquo poena* (2). Jousse attesta che quſia decisione era seguita nella nostra antica giurisprudenza: « il testimone che asserisce il falſo per sua difesa o in causa ove ha l'interesse merita del pari una scusa e non debbe esser punito con la pena ordinaria della falsità (3). Finalmente, la Corte di Cassaz. avea proclamata la stessa dottrina in una decisione i cui motivi furono: « Attesochè nelle antiche leggi risulta che per testimonianza non può intendersi se non la deposizione fatta in causa altrui; e che la legge (onde è punita la falsa testimonianza non può applicarsi al delitto di colui che altera la verità nella sua propria causa (4).

La prima condizione del reato ſi è dunque che ſiavi ſtata una testimonianza, cioè, una deposizione fatta in causa altrui sotto giuramento. La legge richiede inoltre, e questa condizione costituisce la materialità del reato, che questa testimonianza ſia *contraria alla verità*. Su questo punto ſi elevano gravi questioni.

Primamente debbesi distinguere se l'alterazione della verità verſa su circostanze essenziali al fatto ovvero accessorie. Questa distinzione trovaiſi n. l'antica dritto. Giulio Claro insegna che la pena del falſo era applicabile al testimone quando alterava il fatto principale o le circostanze sostanziali di questo fatto: *quando testis falſum depoſuit circa factum principale vel qualitates substantiales*, non così però quando non avesse alterate che circostanze accessorie: *secus autem ſi circa alia extrinſeca, nam eo casu non dicitur falſus* (5); dando ragione di questa distinzione così ſi esprime: *sufficit enim quod testes in factis principalibus convenient, et dummodo in eo sint concordantes, non nocet quod sint varii vel contrarii in accessoriis*. Questa opinione fu seguita dal Farinacio il quale parimente opinava che la deposizione

del testimone su fatti secondari non può dar luogo a procedimento penale, poichè l'alterazione di questi fatti non impedisce che il testimone faccia fede sul rimanente: *quando testis falſum depoſuerit in accessoriis, quia tunc ejus fides non diminuitur in reliquis*.

La nostra antica giurisprudenza avea costantemente applicata questa regola come ci attesta il Jousse: I testimoni, dice questo autore, che variano e ritrattano la deposizione fatta in giudizio debbono essere puniti come falsi testimoni, eccetto i casi seguenti: 1° se la variazione non cade su le circostanze essenziali del fatto; 2° se la prima dichiarazione ſia ſtata fatta per errore. In generale, i testimoni che variano e cangiano la loro deposizione cessano d'esser soggetti alle pene ordinarie del falſo allorchè queste variazioni non versano sul fatto principale (6). « D'altra banda, questo principio era ſtato implicitamente stabilito dall'articolo 11 del titolo 19 dell'ordinanza di agosto 1670 la quale prescriveva: « I testimoni che dopo avuta lettura della loro deposizione e confermatala, ritrattano o variano le sue circostanze essenziali saranno querelati e puniti come falsi testimoni ». Nel processo verbale di questa ordinanza ſi legge che il primo presidente Sig. di Lamoignon avea proposto di non applicare questo articolo se non a quelli che ſi ritrattassero interamente e non già a quelli i quali non facessero che variare qualche circostanza non del tutto essenziale. Il signor Pussort rispose che le parole: *circostanze essenziali* ſi troverebbero nell'articolo ed appianerebbero tutto (7).

Pare difficile cosa che questa regola non debba essere tutt'ora applicata. La falsa testimonianza cessa di esser nocevole, giusta la osservazione di Giulio Claro, quando riguarda circostanze accessorie e non ha per effetto di stabilire o distruggere una prova di fatto principale; cessa parimente d'esser nocevole quando abbia per oggetto non già il fatto per se stesso ma una valutazione morale di questo fatto. Il mendacio di un testimone riguardante una circostanza necessaria del fatto o la moralità di questo fatto non basta ad avviluppare i passi della giustizia. L'azione del testimone è senza dubbio immorale ma ſvanisce l'interesse sociale che

(1) Leg. 10 Cod. de testib.

(2) Addizioni a Giulio Claro, §. falſum, n. 262.

(3) Tom. 3, p. 434.

(4) Decis. Cass. 22 piov. anno XI.

(5) Prat. crim. quist. 53 n. 9.

(6) Tomo 3 pag. 426.

(7) Process. verb. delle conferenze, t. 2, p. 278.

è la ragion della pena. Inoltre, in questi casi è cosa assai difficile distinguere l'errore della mala fede, poichè il testimone che dice la verità sul fatto principale non ha interesse ad alterarla su le circostanze accessorie, quindi questa alterazione debbesi piuttosto attribuire o a difetto di memoria o ad illusione di sensi. Da ultimo, pare che la Corte di Cassazione abbia confermata questa dottrina in una causa nella quale un querelante inteso come testimone era stato condannato ai ferri per variazioni riflettenti dei fatti accessori; la decisione dichiarava: « che le variazioni apposte al testimone, e per le quali egli era stato accusato e condannato a venti anni di ferri, non riguardavano il fatto materiale ma le circostanze del fatto, o pinto-sto il concetto da lui formato della volontà ed intenzione di colui che avealo ferito e delle cause che avean potuto ritardare l'effetto di queste ferite, che il cangiamento riguardante il punto di sapere se il colpo di schioppo, onde era stato ferito, fosse tirato volontariamente, era tanto più scusabile in quanto-chè, come faceva fede il processo verbale, gli stessi testimoni presenti al fatto erano incerti intorno a ciò; che nè anche poteagli apporre a misfatto l'essersi ingannato sulla causa della durata della sua malattia, e l'aver attribuito al suo regime igienico e alle sue personali intemperanze quel ritardo di guarigione che i medici non attribuirono che alle ferite e ad altri accidenti naturali; che queste dichiarazioni non presentano il carattere di quella gravanza necessaria per costituire il misfatto di falsa testimonianza (1).

Ma quali sono le circostanze essenziali, quali le circostanze accessorie di un' accusa criminale? Difficile cosa si è stabilire su questo punto principi invariabili; gli stessi autori erano fra loro discordi. Jousse opinava che la deposizione dovesse riguardarsi come riflettente fatti principali « se in un omicidio i testimoni s'ingannassero sulla qualità dell'armi dell'aggressore, ed uno deponesse aver visto l'accusato con un pugnale in mano, l'altro averlo veduto con una spada. Lo stesso è a dirsi, aggiunge questo autore, se i testimoni errassero sul giorno in cui fu commesso il misfatto ec. In tutti questi casi la deposizione dei testimoni sussiste quan-

tunque sia falsa intorno qualche circostanza, perciocchè basta che vi sia uniformità intorno al fatto principale (2). »

Per contrario, Bajardo riguarda le circostanze di tempo e di luogo come circostanze essenziali: *Si falsitas commissae fuerit circa circumstantiam quae perinet ad negotium principale et confert ad ejus veritatem vel falsitatem, tunc dicitur esse in negotio principali et punitur poena ordinaria de falso, puta si versetur super loco vel tempore delicti vel contractus* (3). In generale, le circostanze essenziali sono tutte quelle che formano la prova del fatto principale e delle circostanze aggravanti questo fatto; così, il giorno, il luogo in cui è stato commesso il reato possono costituire delle circostanze essenziali se la prova del misfatto dipende dalla prova di questa circostanza; se, per valerci della espressione del Bajardo, l'una o l'altra è prova della verità o falsità dell'accusa. Tale è la regola che debbe guidarci a sceverare i fatti sostanziali ed intrinseci, principali ed accessori, affinchè soltanto i primi sieno di base ad un' accusa per falsa testimonianza. Questa regola senza dubbio è subordinata alla valutazione dei fatti di ciascuna causa, ma se la sua applicazione dipende dalle circostanze, la ragione che le dà vita è invariabile e debbe sempre dominarla.

Può mai dirsi che il testimone altera una circostanza essenziale del fatto allorchè scambia il suo nome, la sua qualità, la sua parentela con l'accusato? Si sostiene per l'affermativa che la preliminare dichiarazione sul nome, su la professione, sulla parentela col imputato rannodasi alla sostanza della deposizione; che n'è inseparabile e s'identifica con la stessa, perciocchè serve a fissare il grado di fiducia che merita la dichiarazione, e che la falsità in questa dichiarazione, tendendo, come la falsità nella deposizione, a trarre in errore i giudici e Giurati in danno dell'accusa o dell'accusato, debbe esser punita come falsa testimonianza (4). Per noi sta che questa opinione non possa esser seguita. L'art. 317 del Codice d'istruz. criminale (248 p. p.) dopo aver prescritto le for-

(2) Tom. 3. p. 481.

(3) Ad Julium Clarum adnotationes, §. falsum.

(1) Decis. Cass. 16 Gen. 1817. Sirey, 7, 1, 55; Dalloz, 27, 123.

(4) Il signor Burguignon dice essersi pronunziata in questo senso una Decisione di Cassaz. del 17 giugno 1811.

mole del giuramento e le diverse interpellazioni che debbono precedere la dichiarazione, soggiunge: « ciò eseguito i testimonj deporranno oralmente. » La legge dunque distingue le interpellazioni preliminari dalla deposizione, essa non le confonde nello stesso atto; le separa nelle sue disposizioni come sono separate nella natura delle cose: or, a quale di questi atti si applicano le pene della falsa testimonianza? È certo che il Codice penale non ebbe in mira che la sostanza della deposizione; di fatti, esso non appone a reato che la deposizione fatta *sia contro l'accusato sia in favore di lui*; esso prescrive che il falso testimone il quale abbia deposto contro l'accusato abbia la stessa pena cui questi fosse stato condannato, art. 361 (188). Come comprendere in questi termini il mendacio con cui il testimone risponde alle interrogazioni relative al suo nome o alle sue relazioni con l'accusato? Lice forse estendere la legge penale al di là de' suoi termini? Senza dubbio, la verità sulla interpellazione che riguarda le qualità personali è importante; le risposte del testimone su questo punto fissano la sua posizione relativamente all'accusato e il grado di fiducia che si meritano le sue asserzioni. Ma da ciò non ne conseguiva che queste dichiarazioni preliminari facciano parte della deposizione, esse sono semplicemente delle notizie utili ma estranee alla deposizione. Questa componesi di ciò che il testimone ha visto o inteso relativamente alla causa, e soltanto l'alterazione della verità che tocca la sostanza di questo fatto può costituire il reato. E per fermo, le false dichiarazioni che riguardano queste quistioni di rito non apportano lo stesso danno, nè appalesano la stessa immoralità di quelle che riflettono il fondo della causa; nel primo caso la giustizia è ingannata sul grado di credibilità che debbe prestare al testimone, nell'altro su i fatti stessi che formano gli elementi del suo giudizio. Uopo è dunque convenire che le domande relative alle qualità del testimone sono estranee alla sua deposizione; che se esse ne fanno parte non sono che circostanze secondarie ed accessorie; che da ciò ne viene non poter dare luogo ad azione penale per falsa testimonianza la falsità delle risposte del testimone intorno questi punti.

Fermato questo principio è mestieri mettere a disamina i diversi modi coi quali può

commettersi nella testimonianza l'alterazione della verità. I testimonj in generale possono rendersi sospetti alla giustizia pel loro niego di rispondere alle domande, per le loro reticenze, per le loro negative, per le variazioni delle loro testimonianze, in fine per le loro contraddizioni.

Il semplice niego di rispondere alle interrogazioni loro dirette non può costituire i testimonj in reato di falsa testimonianza. Ed in vero, non può aversi falsa testimonianza se non quando siasi fatta una dichiarazione; or, il niego di fare la dichiarazione non può tenersi come la dichiarazione stessa; e poi, il testimone non inganna mica la giustizia egli non fa che negarsi a darle quei lumi che potrebbe. D'altra banda, questo niego di far testimonianza è stato dalla legge preveduto con una disposizione speciale: l'articolo 304 del Cod. d'istruz. crim. (224 p.p.) pronunzia un' ammenda di cento franchi contro il testimone che si rifiuta a far la sua dichiarazione, non può dunque applicarsi un'altra pena. La Corte dei Pari ha applicato questo principio nella causa del 19 agosto 1820, condannando, su la requisitoria del Pubblico Ministero, a 100 franchi di ammenda un testimone che si era reiterato volte negato a nominare una persona di cui avea fatto parola nella sua precedente deposizione (1).

Una semplice reticenza non è che un rifiuto di rispondere sopra un determinato punto, epperò è chiaro che debba applicarsi in questo caso la stessa sentenza. Tale fu anche l'avviso della Corte di Cassazione: attesochè una reticenza semplice, quando non sia connessa con la dichiarazione e non alteri il suo significato e risultamento, non può da sé costituire la falsa testimonianza; dappoichè allora non sarebbe che un semplice niego di rispondere (2).

Nè anche basta che la reticenza sia connessa alla deposizione perchè possa formar materia di un'azione criminale. Epperò il testimone che, confessando i fatti per lui veduti, non vuole dichiarare il giorno in cui sian avvenuti, o altra circostanza che vi abbia relazione non può esser considerato come falso testimone. E per fermo, il dovere del testimone si è di dichiarar tutta la verità

(1) Decis. del 1. giugno 1821.

(2) Decis. Cass. 20 Maggio 1808. Dalloz, 27 126; Sirey, 9, 417.

quindi manca a questo dovere allorchè si rifiuta di rivelare i fatti che sono a sua conoscenza; ma non debbesi confondere questa violazione di un dovere legale col reato di alterazione della verità; la legge non punisce che questa alterazione; or la reticenza ancorchè connessa con la deposizione non conduce necessariamente ad un tal risultato.

La reticenza non può dunque essere apposta a reato se non quando snatura la deposizione e le dà un senso contrario alla verità, perciocchè in questo caso essa cagiona quell'alterazione ch'è l'elemento essenziale del reato. Epperò non vi è dubbio che sia soggetto ad azion penale per falsa testimonianza quel testimone il quale, chiamato a deporre su di un fatto, per errore apposto ad un individuo diverso dal vero colpevole, per odio contro questo individuo, non dichiarasse la di lui innocenza che gli fosse nota. In questo caso la reticenza avrebbe per oggetto di dare alla deposizione un senso contrario alla verità volgendo a carico dell'accusato assiso sulla scranna de' rei. Applicando questa distinzione la Corte di Cassazione ha deciso che il niego e la reticenza di un testimone, inteso in pubblica discussione con giuramento, non hanno il carattere di falsa testimonianza se non quando equivalgono alla espressione di un fatto positivo contrario alla verità sia in favore sia in danno dell'accusato (1). »

La stessa distinzione si applica alla deposizione negativa. La deposizione negativa è quella colla quale il testimone nega di aver veduto, o inteso i fatti su i quali è richiesto a far testimonianza. È cosa difficile valutare in questi casi la sua buona fede; perciocchè può avvenire che questo testimone, come fosse in istato di vedere e sentire, pure non abbia avuto una percezione sensibile del fatto, o non se ne sia avveduto che in un modo vago e confuso; ma se si provi che egli ne abbia avuto conoscenza, e che il suo niego abbia soltanto lo scopo di distruggere una prova, evidentemente con questo niego egli commette una falsa testimonianza perchè altera la verità nella causa. Tale era anche la sentenza degli antichi giuriconsulti. Ed in vero, al dir di Farinacio, la pena della falsa testimonianza si applicava

al testimone il quale sostenesse di non sapere ciò che realmente fosse a sua notizia. *In teste qui dicit se nescire id quod revera scit; tunc enim negando veritatem, nedum illam tacendo eo magis de falsis puniatur* (2). Lo stesso era di colui che sostenesse non ricordarsene più: *Etiam in illo teste qui dicit se non recordari de eo quod vel certum est ipsum recordari; nam et hunc testem de falso puniendum* (3). La Corte di Cassazione ha sanzionata questa dottrina dichiarando: che se egli è vero non poter una deposizione semplicemente negativa costituire essenzialmente e di sua natura una falsa testimonianza, mentre può darsi che il testimone non abbia nè veduto nè inteso ciò che era nello stato di vedere e sentire, è non men vero che una deposizione di questa fatta costituisce quel reato quando sia resa di mala fede e con uno scopo criminoso, cioè con la mira di snervare la prova e l'evidenza del fatto imputato e di mettersi in contraddizione con la verità (4). »

Imperanto, la deposizione negativa, del pari che la reticenza, non potrebbe essere apposta a reato se non menasse alla conseguenza di distruggere le prove della causa e stabilire un fatto contrario alla verità, perciocchè può stare che la reticenza di un fatto vero per nulla influisca sulle prove della causa. Epperò, una Decisione della Corte di Cassazione ha dichiarato: attesochè il ricorrente è stato condannato, in forza dell'articolo 362 (189) come reo di falsa testimonianza; che non dinneo la sua deposizione non offriva che una dichiarazione negativa la quale non escludeva il fatto cui il Trib. correzionale disse provato; che perciò questa dichiarazione non era in assoluta e necessaria contraddizione con la verità di questo fatto; che perciò non poteva costituire una falsa testimonianza (5). »

I cangiamenti che un testimone fa nella sua deposizione non sono mica necessariamente degl'indizj di falsa testimonianza. La memoria ha potuto tradirlo nelle sue prime dichiarazioni, può egli dopo più matu-

(1 e 3) Quist. 67, Num. 223 e 227. Damoderio, cap. 124, N. 5, p. 595, è molto più esplicito: *Testis item in iudicium aut apud commissarium accitus, ibique veritatem quaerit non clare et plene iuxta interrogationem factam deponens et contestans aut tam tacens, si quoque falsum committit.*

(4) Decis. Cass. 17 Marzo 1827. Sirey, 27, 480.

(5) Decis. Cass. 10 Gen. 1812.

(1) Decis. Cassaz. 1 Settembre 1814.

ra riflessione sentire il bisogno di rettificare quei fatti che non avea presentati nel loro vero aspetto, questa rettificazione è per lui un bisogno. D'altra laud, la legge non ha mica supposto che le deposizioni raccolte nella istruzione scritta dovessero rimanere immutabili; queste deposizioni non hanno altro fine che di dar degli elementi all'accusa, non possono però costituir la base del giudizio; e mestieri che sieno rinnovate in dibattimento, la legge dunque ha supposto che possano esser variate. Epperò, se l'art. 318 del Cod. d'Istruz. Crim. (249 p.p.) prescrive che si prenda notatamente delle addizioni e cangiamenti fatti nelle dichiarazioni di un testimone, ciò fu non per aversi elementi di accusa contro tale testimone ma per interesse della difesa. Nulla dunque fuvi di strano allorchè la Corte dei Pari, nella causa di aprile 1832, decise che, malgrado la contraddizione sistente tra la deposizione fatta da un tale Ney innanzi il giudice istruttore di Lyone e quella resa all'udienza della Corte, non risultava da questo fatto alcun indizio sufficiente per dirsi che questo individuo si fosse renduto colpevole di falsa testimonianza.

Ma se questi cangiamenti non fossero dal testimone giustificati con un motivo legittimo o almeno plausibile, se egli avesse in mira di distruggere o snervare le sue prime dichiarazioni, da ultimo se fosse provata la falsità di questa dichiarazione, l'azion pubblica potrebbe certamente attingervi gli elementi di un procedimento criminale, ammettendo però questi due requisiti che saranno appresso sviuppati: il primo, che la falsa testimonianza risulti dall'ultima dichiarazione, il secondo che il testimone persista in questa falsa deposizione. Presentandosi sotto questo aspetto i cangiamenti, lungi dall'escludere l'azion penale, la provocano, perchè portano in loro la prova irrefragabile di falsa testimonianza.

La stessa distinzione applicasi alle contraddizioni che risultano da una sola e medesima testimonianza. Il testimone può giustificarsene adducendo per motivo la emozione cagionatagli dall'udienza, la confusione della sua memoria, la conoscenza imperfetta che egli ha di quei fatti. Ma se quelle contraddizioni appalesassero la intenzione di alterare la verità, se il testimone fosse sorpreso in flagrante delitto di mendacio, se

le sue ultime assertive fossero riconosciute false, se egli vi persistesse, potrebbero allora dar materia ad azion criminale.

Riepiloghiamo quanto si è finora discorso su questo punto. Il primo elemento della falsa testimonianza si è che la deposizione sia contraria alla verità; questo principio suppone in primo luogo che vi sia una deposizione giudiziaria, cioè una deposizione fatta con giuramento e in causa altrui; in secondo luogo suppone che essa versi su le circostanze essenziali della causa, e che l'alterazione della verità abbia per scopo di affermare o negare qualcuna di queste circostanze. Con la scorta di questi due principi puossi valutare il vero carattere delle negative, reticenze, cangiamenti e contraddizioni dei testimonj. Ma per aversi il reato non è sufficiente che sievi un'alterazione in una deposizione, ancorchè rifletta punti essenziali della causa, perciocchè vi è bisogno di altro elemento.

Questo secondo elemento si è la possibilità di un danno per effetto della falsa testimonianza.

E per fermo, la falsa testimonianza non è che una specie di falsità; or, in trattare del reato di falso alibi veduto che uno dei suoi elementi costitutivi si è il danno che può cagionare (1). L'alterazione della verità, sì nelle testimonianze come negli scritti, tanto innanzi i tribunali quanto negli atti, allorchè non può cagionare alcun danno, qualunque sia stato il disegno di nuocere che l'animava, non è più che la espressione di un pensiero criminoso sì, ma innocuo. La morale lo condanna, ma la legge pria di colpirlo va indagando i suoi effetti; perciocchè essa, come abbiamo notato nel cominciamento di questo lavoro, non eleva a reato e non punisce le azioni umane se non quando turbano o minacciano gl'interessi cui essa ha la speciale missione di proteggere.

In materia civile la legge non ha formulato questo principio in termini espressi ma pure lo si desume dalla natura stessa del reato. Come mai la deposizione che non può nè giovare a chi la fa, nè nuocere a chicchessia, potrebbe esser punita a causa della sua falsità? Come mai ammettere che la legge abbia voluto punire il semplice mendacio innanzi i tribunali civili, mentre innanzi

(1) Ved. t. 2. p. 173.

i tribunali criminali non punisce che il mendacio pregiudizievole? Questo sistema distruggerebbe ad un tempo e il principio generale, che non eleva a reati se non gli atti dannosi alla società o agli interessi privati, e la regola speciale alla materia del falso che riguarda come elemento essenziale del reato la possibilità di un danno qualunque. La deposizione contraria alla verità è in tutti i casi un'azione immorale, ma quando questa deposizione rimane senza effetti ed innocua, l'intervento della pena diventa senza scopo, perciocchè la pena non vendica le offese fatte alla morale ma quelle fatte agli interessi della società.

A dir il vero, la Corte di Cassazione dichiara in una decisione di rigettamento « che l'articolo 363 (190) in comminare una pena contro il colpevole di falsa testimonianza in materia civile, non fa dipendere l'applicazione di questa pena dalla condizione che vi sia stato un danno pel terzo (1) ». Ma primamente debbessi notare che la condizione di un danno cagionato non è mica essenziale alla falsa testimonianza, essendo sufficiente che dalla deposizione risulti la possibilità del danno; sotto questo rapporto dunque questa decisione non è mica contraria al principio per noi stabilito. In secondo luogo, nella causa giudicata con questa decisione trattavasi di sapere se la esistenza di questo danno dovesse essere dichiarata dal Giurì, e la Corte di Cassazione si è limitata a decidere che la legge non avea ciò richiesto.

L'applicazione di questo principio non può andar soggetta a controversia alcuna. Di fatti, secondo una massima; che sarà in appresso sviluppata, la falsa testimonianza non è punita se non quando sia resa o contro l'accusato o in suo favore, e in conseguenza quando abbia potuto recare un danno sia alla difesa dell'accusato sia alla stessa accusa, cioè a dire, agli interessi generali della società.

Nondimeno, non ogni falsa testimonianza, ancorchè resa contro l'accusato o in suo favore, è sempre dannosa. Così nell'antico diritto le dichiarazioni mendaci dei testimoni, ancorchè il mendacio avesse luogo nell'atto della loro conferma (*récèlement*) non erano soggette a procedimento penale; ai termi-

ni dell'articolo 11 del titolo 13 dell'ordinanza del 1760 le false dichiarazioni non potevano formar materia di accusa che dopo datane lettura al testimone e da lui confermate (*depuis ce récolement*); in conseguente era mestieri che la verità fosse stata alterata nel mettere il testimone in contraddizione con l'accusato, poichè soltanto allora l'alterazione vestiva un carattere definitivo. « In fatti, dice Jousse, perchè una persona possa esser punita per falsa testimonianza è mestieri che la sua deposizione cagioni un danno a qualcuno, o almeno che possa cagionarlo. Perciocchè, se non può recar danno è opinione generale che non possa esser punita (1). » Or, il danno non può cominciare se non da quando la testimonianza diventa irretrattabile.

Questa giurisprudenza, poggiata sulla vera teorica della materia, non poteva essere neglimentata dal nostro Codice: « La formalità della ricognizione dei testimoni (*récèlement*) non è più in vigore nella nostra nuova istruzione criminale. In luogo di essa stà il pubblico dibattimento, soltanto la deposizione orale dei testimoni è quella di cui possono valersi i Giurati, essa sola quindi può essere attaccata di falsità e dar luogo all'azione per falsa testimonianza. »

Ed in vero, i termini dell'articolo 361 (188) suppongono che la falsa testimonianza si esia resa nel corso dei dibattimenti che hanno preceduta la sentenza, poichè richiede che la deposizione sia resa o contro o in favor dell'accusato, in conseguente dopo la decisione di sottoposizione ad accusa e dopo compiuta l'istruzione. I motivi di questa restrizione sono stati già indicati: innanzi al giudice istruttore la deposizione non è che una notizia, la quale serve di guida ai passi dell'accusa ma non influisce su di essa necessariamente, la sua falsità non ha effetti irretrattabili; è un atto preparatorio del reato di falsa testimonianza, ma non il reato stesso. Il reato non si compie che quando la deposizione è diventata irretrattabile, quando il danno che essa ha potuto cagionare non ammette più riparo. P'ossì aggiungere che fu sano consiglio quello di non elevare a reato una deposizione fatta nell'istruzione preparatoria, perciocchè altrimenti sarebbe stato lo stesso che ridurre i testimoni nella necessità di per-

(1) Decis. Cass. 1 luglio 1847 Sirey 48, 1, 78.

(2) Tratt. delle mat. cri. tom. 8. p. 453

sistere nelle loro mendaci dichiarazioni per timore d'essere accusati di falsa testimonianza.

Seguendo questa dottrina la Corte di Cassazione ha giudicato, sotto l'impero dello stesso Codice del 1791, che una falsa denunzia non può esser parificata ad una falsa testimonianza. « Attesoché, ai termini della legge, non vi è falsa testimonianza se non quando sia questa resa in una causa criminale innanzi il Giuri (1): » ed altra volta ha giudicato che non potea offrire elementi di accusa per falsa testimonianza quella fatta innanzi il Direttore del Giuri; « Attesoché la legge del 5 piovoso anno 11, interpretativa dell'articolo 48 del Codice del 1791, non commina pena che contro i falsi testimonj intesi su le accuse capitali; onde debbesi concludere che, per darsi luogo a procedimento per falsa testimonianza, uopo è che vi sia stata un' accusa e che la falsa testimonianza sia resa dopo l'ammissione di quest' accusa.

Questa giurisprudenza continuò ad essere in vigore dopo il Codice Penale, e la Corte di Cassazione con moltissime Decisioni ha giudicato: « che dall'insieme degli art. 361, 362, 363 e 365 Cod. Pen. (187, 188, 189 e 190 ll. p.) e precipuamente dal ravvicinamento delle due disposizioni dell'articolo 361 con l'articolo 363 (188 e 192) risulta che una falsa deposizione non può costituire il reato di falso, se non quando sia resa nella pubblica discussione dopo la quale debbesi definitivamente pronunziare sul fatto cui si riferisce la deposizione (2).

Altra conseguenza dello stesso principio si è che il testimone il quale fa una deposizione mendace, ancorchè ciò avvenga nel corso del dibattimento, non può esser soggetto ad azione penale per falsa testimonianza se si ritraiti pria che si chiuda la pubblica discussione. I motivi di tale dottrina trovansi in una Decisione della Corte di Cassazione nella quale sta dichiarato: « Che le diverse parti di una decisione formano un tutto indivisibile; che non può risguardarsi completa ed irrettrattabile se non quando si sia definitivamente messo fine alla discussione della causa cui si rapporta; che ritraendo una deposizione mendace, innanzi che arrechi alla

società o all'imputato un danno irreparabile, il testimone ne distrugge volontariamente gli effetti; che la legge, nelle sue disposizioni sulla falsa testimonianza, non ha distinto questo atto dalle conseguenze che vi sono connesse; che dalla correlazione dei due paragrafi dell'articolo 361 (188) risulta che la legge non eleva a reato la falsa testimonianza se non quando diventi elemento della Decisione da pronunziarsi; che perciò, allorchando chi ha resa questa testimonianza ne previene gli effetti in tempo utile, cessano di aver vita i due caratteri essenziali del reato di falsa testimonianza, cioè, il fatto di aver ingannato la giustizia e la possibilità del danno (3). » Leggesi ancora, in altra Decisione resa dalla Corte di Cassazione in causa identica: « che ritraendo una deposizione mendace, innanzi che abbia recato alla società o all'accusato un danno irreparabile, il testimone ha volontariamente stornate le funeste conseguenze che la sua deposizione avrebbe potuto avere: che sarebbe difficile e pericolosa cosa l'esaminare se questa ritrattazione sia stata figlia del timor della pena, dalla legge comminata contro la falsa testimonianza, o di un pentimento volontario, o di più matura riflessione che ha meglio richiamati e coordinati alla memoria i fatti; che per svanire il reato di falsa testimonianza è sufficiente che la ritrattazione siasi fatta in tempo utile (4). »

È dunque principio inconcusso che fino a quando non è chiuso il dibattimento, fino a quando il testimone è in facoltà di modificare la sua deposizione, questa non è mai definitiva, non può tenersi per completa, il misfatto non può dirsi consumato. Essa non acquista tal carattere che nel punto della chiusura del dibattimento, quando non può esser più ritrattata nè i suoi effetti distrutti. (a)

(3) Cass. 4 luglio 1838.

(4) Cass. 19 aprile 1839; Sirey, 39, 325.

(a) Questo principio non può essere applicato alle vigenti leggi delle Due Sicilie. La compilazione dell'articolo francese parla di testimonianza resa in favore o contro l'accusato, e nel linguaggio legale domandasi accusato colui che, dopo compilato il processo, è dal giudizio di sottoposizione ad accusa rinviato alla pubblica discussione. L'articolo delle nostre leggi, per contrario, adopera la parola *imputato*, e con essa appellasi colui che è oggetto di un'azione penale da che quest'azione mettesi in moto fino a quando non si venghi alla

(1) Cass. 19 Pratile anno VIII.

(2) Cass. 18 feb. 1823.

Debbesi forse da ciò concludere che in materia correzionale il testimone, il quale ha fatto una falsa deposizione innanzi i primi giudici e poi si ritratti innanzi i giudici di appello, non possa andar soggetto ad azione penale? Potrebbe dire per l'affermativa che se la pubblica discussione del tribunale correzionale è stata chiusa in prima istanza pria che il testimone abbia ritrattata la sua dichiarazione, l'appello ha per effetto di riaprire questa discussione e farla continuare;

sottoposizione ad accusa, che è l'ultimo periodo del processo istruttorio.

Ma v'ha di più, nelle leggi delle Due Sicilie evvi un apposito articolo il quale prevede il caso che il falso testimone si ritratti prima della Decisione o sentenza, o dà a simigliante ritrattazione nella forza di cancellare il reato ma quella di attenuarne la pena. E questo l'art. 193 così concepito: « Il falso testimone, se si ritratti prima della Decisione o sentenza sarà punito col primo al secondo grado di prigionia, quante volte per la falsità sarebbe stato punito di pena criminale. »

« Quante volte però per la falsità sarebbe stato punito di prigionia o confino, o di altra pena correzionale, allora verrà punito con una delle pene di polizia. »

Dai termini di tale disposizione risulta che debba andar soggetta a pena tanto la deposizione resa nel periodo istruttorio quando quella affermata in pubblica discussione con giuramento. Ed inverso, l'articolo non distingue se la ritrattazione da esso contemplata avvenga nel corso della pubblica discussione, e quindi rischii i falsi detti già giurati nel cominciamento della stessa: oppure abbia luogo nell'aprirsi del dibattimento e quindi cada sulla falsa testimonianza resa nel processo scritto. Ma queste due ipotesi, di sì diversa moralità, debbono forse godere della stessa attenuazione di pena?

Perchè questo articolo sia retamente applicato a noi pare che debba esser messo in relazione col susseguivo art. 195. In conseguenza, debbasi distinguere la ritrattazione di una deposizione giurata, da quella di una deposizione resa senza giuramento o nel periodo istruttorio. Il primo caso va sotto il solo impero dell'articolo in esame; ma nella seconda ipotesi, oltre l'attenuazione prescritta da questo articolo, debbasi concedere anche l'altra diminuzione di pena stabilita nell'art. 195. I termini di quest'ultima disposizione sono generali e dominano, giusta le stesse sue espressioni, tutte le pene stabilite negli articoli precedenti; la sua benigna sanzione non fa che esprimere la sfioratezza della reità morale che intercede tra la deposizione suggellata col giuramento, e quella che non sia peranco avvalorata da questa religiosa garanzia di verità. (Edit. Nap.)

che in materia correzionale non può dirsi chiuso il dibattimento se non dopo la sentenza in grado di appello o dopo spirati i termini per produrlo; che se il giudizio di prima istanza acquista forza di cosa giudicata, la deposizione diventa definitiva e può costituire falsa testimonianza; che per contrario, se il dibattimento si riapre in appello, il testimone trovasi di nuovo in caso di distruggere gli effetti del suo mendacio, e con ciò cancellare la reità della sua dichiarazione. A queste obiezioni debbasi rispondere che la deposizione diventa completa in prima istanza tosto che si è messo fine al dibattimento; che i giudici di appello si avvalgono dei verballi della prima pubblica discussione per valutare quelle testimonianze; che la falsità è consumata e il giudizio può vestire un carattere definitivo; evidente è la possibilità del danno, e la reità risulta dall'aver il testimone persistito nella sua dichiarazione fino alla sentenza, a mal grado che vedesse poterne da essa venire un male. Inoltre, come ammettere che la esistenza del reato dipende dalla condizione risolutiva di un appello, che sia soggetto a pena se la sentenza non è impugnata di appellazione, svanisca se questo appello si produce, di talchè dipenda da un fatto esterno indipendente dal colpevole? Il fatto è consumato tosto che è compiuta la deposizione fatta con animo di nuocere, e tosto che questo documento diventa possibile. Certamente, se si rinnova il dibattimento innanzi ad altra giurisdizione, l'imputato avrà diritto di modificare le sue prime dichiarazioni; ma se questo tardivo pentimento può esser riguardato come circostanza attenuante non cancella però il reato. Non debbonsi confondere tutte le pubbliche discussioni, cui una causa può dar luogo, col particolare dibattimento in cui una deposizione comincia, può modificarsi e si compie. L'arresto di Cassazione, che annulla la Decisione di qualche Corte di Assisa per vizio di forma, non fa riguardare come non avvenute le deposizioni; che preendono l'arresto di annullamento. Se il testimone può ritrattarsi nel corso del dibattimento, l'è perchè la sua deposizione non è incancellabile dal processo che nella chiusura del dibattimento; ma quando la falsa dichiarazione sia diventata definitiva, quando sia tale da poter offrire un elemento di giudizio, la falsa testimonianza è completa, quali che sieno le sue conseguenze.

ze, e quantunque il giudizio sia annullato per effetto di ricorso (a).

Se il testimone sia astretto, da avvenimento indipendente dalla sua volontà, ad abbandonar l'udienza immediatamente dopo resa la sua deposizione, come ad esempio per un repentino deliquio, questa circostanza, togliendogli il destro di ritrattarsi, può modificare la reità della sua azione? È mestieri distinguere se, nell'atto che ebbe luogo quell'accidente, la deposizione era compiuta e formava un tutto completo, o se non era ancora portata al suo termine. Nel primo caso il misfatto è consumato. Senza dubbio, come ha notato Carnot (1), il testimone avrebbe potuto dopo rendere omaggio alla verità, ma il reato ha vita precisamente perchè il testimone non è più in tempo di distruggerlo; se egli dopo la deposizione si troverà di nuovo in grado di ritrattarla, questa circostanza è estrinseca al reato. Nella seconda ipotesi la questione è più difficile. Si considera come tentativo di falsa testimonianza soggetto a pena, dice Legerverend, l'azione di un testimone il quale, avendo incominciato a deporre contro la verità dei fatti, è impedito da un deliquio a continuare e finire la dichiarazione (2). « Questa sentenza, in appoggio della quale il giureconsulto non allega ragione alcuna, ci pare soggetta a molte obiezioni. La Corte di Cassazione a buon diritto ha giudicato che le diverse parti di una deposizione formano un tutto indivisibile (3). Come dunque valutare, come elevare a reato una parte d'una deposizione che non è ancor compiuta? Il testimone non potrebbe forse, in terminandola, rivenire su quella parte, spiegarla, e modificarla? Per apporgli a reato la sua testimonianza è mestieri che questa sia completa, che siasi definitivamente dichiarata la sua volontà. Può si mai vedere un tentativo di falsa testimonianza in una dichiarazione così cominciata? Il tentativo suppone un cominciamento della esecuzione del misfatto; or, una deposizione incompleta non può riguardarsi come un cominciamento di esecuzione della falsa testimonianza, perciocchè il suo carattere ri-

mane indeterminato e la falsità non può esser valutata a sufficienza.

Queste considerazioni ci conducono alla conseguenza che in materia di falsa testimonianza il tentativo del reato sfugge ad ogni pena. Ed invero, come alibi noi riferimmo, soltanto la deposizione intera e completa può costituir la base di un'accusa: or, la deposizione non è completa, non è definitiva fino a che il testimone può rivenire su le sue dichiarazioni e modificarle; la legge per amor della verità tollera queste tergiversazioni, queste reticenze, questi mendaci, queste contraddizioni, purchè sieno smentite innanzi che si compia la pubblica discussione, purchè i fatti sieno rettificati. Quali sarebbero dunque gli elementi del cominciamento di esecuzione di questo reato? è chiaro che non potrebbero rinvenirsi che in una deposizione incompleta o almeno non ritrattata, e la cui falsità sarebbe chiarita nel dibattimento; ma se il dibattimento non è compiuto, se il testimone può tutt'ora ritrattarla, questa deposizione non ha più vita teslo che sia ritrattata, non può dunque esser tenuta come elemento del tentativo del reato, molto meno come il reato stesso. Se, per contrario, il dibattimento è compiuto, se il testimone non è più in tempo di ritrattarsi utilmente, la falsa testimonianza trovasi consumata; non più il tentativo ma il misfatto stesso diventa l'oggetto del procedimento penale. Epperò, qualunque ipotesi si toglia ad esame, vedesi che la falsa testimonianza non può essere elevata a reato se non quando sia intera e completa, e che il tentativo di essa, per una derogazione alla regola generale, trovasi al coperto di ogni penale procedimento.

Imperanto, non debbesi perder di vista che per aversi il reato non sia necessario che il danno sia avvenuto; è sufficiente che questo danno sia stato possibile, che la falsa dichiarazione abbia potuto avere degli effetti nocivi. Così, il falso testimone che abbia deposto contro l'accusato verrà soggetto a pena quantunque l'accusato ne sia assoluto. Così ancora, verrà soggetto a pena questo testimone quantunque la decisione di condanna sia annullata dalla Corte di Cassazione: perciocchè, in queste due ipotesi vi era la possibilità del danno, e se questo danno non si è verificato ciò fu per un avvenimento che il testimone non potea prevedere. La falsa testimonianza può allora esser considerata non co-

(a) Vedi nota pag. 34a.

(1) Cod. Pen. Art. 361, tom. I, p. 186, n. 25.

(2) Leg. Crim. tom. I, cap. 2, p. 119, n. 36.

(3) Decis. Cass. 4 luglio 1833; giorn. del dr. crim. 1833, p. 300.

me un semplice tentativo ma come un misfatto mancato, il cui effetto sia stato stornato da circostanze indipendenti dalla volontà dell'autore; or, l'art. 2 Codice Penale confonde questo fatto col tentativo e lo punisce con la stessa pena del misfatto consumato nei suoi effetti. Del rimanente, la falsa testimonianza è consumata moralmente dal persistere che fa il testimone in una dichiarazione mendace e nocevole *fino alla chiusura del dibattimento*. Se, per effetto dell'annullamento della decisione e del rinvio della causa innanzi ad altri giudici, si aprisse novello dibattimento, la ritrattazione che il testimone facesse in questo nuovo dibattimento sarebbe tardiva, e non potrebbe modificare la reità delle prime dichiarazioni; perciocchè con questa dichiarazione egli ha tentato di nuocere per quanto era in lui, la falsità della sua testimonianza è completa, egli ha consentito che avesse prodotto tutti i suoi effetti; non può dunque pretendere di giovarsi del caso che ha stornato gli effetti dei colpi da lui tirati. La stessa decisione sarebbe applicabile in materia correzionale, in caso che la causa fosse portata, non già agli stessi dibattimenti continuati in appello, ma a dibattimenti novelli per rinvio fattone dalla Corte di Cassazione (a).

(a) Pare che per le Leggi Penali delle Due Sicilie debbasi in questi casi applicare l'attenozione statutata nell'art. 193. Ed in vero, annullata una Decisione dalla Corte Suprema, rinvocata una sentenza dal Giudice di appello, con rinnovarsi la pubblica discussione, quella sentenza o decisione non ha più esistenza legale agli occhi della legge. Potrà è vero, il giudice di appello o di rinvio andare allo stesso avviso dei primi giudici, ma fino a che questa seconda pronunziazione non sia emessa la sorte dell'imputato è indecisa, egli trovasi ancora nello stato di *giudicabile*; l'azione penale è ancora in corso, sicchè può estinguersi o per rinunzia alla istanza privata, o per amnistia o per transazione, nei casi ove la legge ammette questi rimedi perentori. So dunque il falso testimone viene in questo secondo giudizio a ritrattare le false dichiarazioni fatte nel giudizio annullato, se questa ritrattazione giunge a rischiarar la verità pria che abbia pronunziato il giudice di rinvio o di appello, essa giuoga nei termini utili prescritti dal citato articolo, giunge pria della decisione o sentenza; perciocchè, giova ripeterlo, la sentenza o decisione dei primi giudici, annullata che sia, non ha più carattere o forza legale.

Se questa interpretazione è consona alla lettera della legge, è non men sostenuta dai motivi che

Lo stesso principio debbe ancora applicarsi in altra ipotesi. Ai termini degli articoli 330 e 331 del Cod. d'istruzione criminale (266 p. p.) se, dietro i risultamenti della pubblica discussione, la deposizione di un testimone sembri falsa, la Corte di Assisa può aggiornar la causa per altra udienza. Or, quale è lo scopo di questo aggiornamento? Senza dubbio si è quello di depurar gli elementi della istruzione, cioè di verificar le prove e rigettare quelle che paressero viziate e corrotte. È dunque necessario che il giudizio sulla falsa testimonianza preceda il giudizio sulla causa in cui fu resa questa testimonianza; tale è anche la dottrina della Corte di Cassazione la quale ha dichiarato: « che nei casi d'imputazione di falsa testimonianza, preveduta dagli art. 330 e 331, la Corte di Assisa, avendo il diritto o di procedere immediatamente alla decisione della causa che si trova in discussione, o di rinviarla alla prossima udienza, ne conseguita che sia nel pieno arbitrio della Corte il decidere quale dei due giudizi debba essere espletato prima, se il principale o quello di falsa testimonianza; che aggiornare il giudizio principale per altra udienza importa delibera-

l'han dettata. Con l'art. 193 il legislatore altro non volle che offrire al colpevole, nell'attenozione della pena, un'eca per impegnarlo a stornare in tempo utile i danni della falsa testimonianza, altro non ebbe in mira che di transiggere la pena della falsità coll'utile e gl'interessi della giustizia. Or quest'interessi sono salvi, la giustizia è incolume allorchè la ritrattazione giunge a mettere in luce la verità quando ancora il giudice può trarne profitto, quando ancora non si è decisa la lite.

Questa ritrattazione se non è un pentimento virtuoso è almeno ntila, è tale che cancella l'elemento necessario ad ogni reità, il danno. E se la legge, coi principi proclamati negli articoli 69 e 70, si mostra indulgente anche colla più pertinace reità quando da essa non sia avvenuto il danno voluto, ancorchè ciò sia per circostanza fortuita ed indipendente dal colpevole, non v'ha ragione per negare questa benignità in un caso simile, ed espressamente preveduto dal legislatore.

Che se vuoi dire esser la falsa testimonianza del genere delle falsità pubbliche, ed essere in esse consumato tutto il danno, esaurito tutto il pregiudizio col semplice fatto materiale del falso, noi rispondiamo che, anche in questa specie di falsità, la mancanza del danno materiale fu dal legislatore riguardata come motivo di attenuamento di pena, giusta quel che trovasi espressamente statuito nell'art. 299 li. p. (Edit. Nap.)

re che sia prima espletato il giudizio sulla falsa testimonianza, perciocchè questo aggiornamento, non potendo avere altro scopo che di purgar dai mendaci le prove relative all'accusa, questo scopo non può raggiungersi che con farsi prima il giudizio sulla falsa testimonianza (1). « La conseguenza di questa dottrina si è che la falsa testimonianza reputasi consumata tosto che, dietro i risultamenti della pubblica discussione, la Corte aggiorna la causa per altra sessione; ed invero, con questa deliberazione si chiude il dibattimento, il testimone è messo in mora di ritrattarsi, la sua persistenza fino a questa chiusura rende completa la esecuzione del reato; egli ha voluto che la sua falsa dichiarazione trasse in errore la giustizia; l'aggiornamento della causa ad altra udienza è un avvenimento impreveduto che può stornare gli effetti del reato ma non già distruggere la sua realtà.

A ragion più forte, quando la falsa testimonianza è perseguita in giudizio dopo la decisione di condanna e dà luogo ad una procedura di revisione, il giudizio sulla falsa testimonianza debbe precedere questa revisione, e l'articolo 446 del Codice d'Istruzione criminale prescrive ancora che in questo caso i testimoni condannati per falsa testimonianza non possano essere intesi nei nuovi dibattimenti.

Sin qui abbiamo sviluppati i due elementi del reato di falsa testimonianza: l'alterazione della verità in una dichiarazione fatta in giustizia e la possibilità di un danno come conseguenza di quest'alterazione. Non debbesi però perder di vista che in questa materia, del pari che nella valutazione di tutti i reati, questi due elementi non costituiscono il misfatto se non rivelino nel colpevole l'intenzione d'ingannar la giustizia, la volontà di nuocere. Non vi è reato di falsa testimonianza senza intenzion criminosa (2): *Testem qui deponit non dolo sed per errorem et ignorantiam da falso non puniri* (3). È mestieri, dice Jousse, che vi sia stato dolo da parte di colui che ha fatta una falsa deposizione

accid sia soggetto a pena. Epperò, è immune di ogni penalità quel testimone che dichiara il falso credendosi di dire il vero (4). « Gli autori stabilirono come canone in questa materia che per dire in mala fede un testimone non solo è mestieri di prove concludenti e necessarie, ma bisogna ancora che queste prove fossero più perfette che negli altri reati: *Quod ad probandam falsitatem testis, non tantum requiratur concludens et necessaria probatio sed etiam strictior et magis exquisita quam in aliis delictis* (5). Ed in vero, un individuo che sia stato testimone di un fatto può, anche alterando le circostanze essenziali, ingannarsi di buona fede: quante volte si è nella coscienza di aver veduto cose che non hanno mai esistito, quante volte la immaginazione, il timore, le forti commozioni oscurano la vista ed ingannano l'udito! Come negare le allucinazioni dello spirito, gli smarrimenti della memoria, gli errori degli organi! Perciò dunque abbia vita il reato è necessario provare non solo le falsità ed il nocumento della deposizione ma la intenzion criminosa del suo autore. Questa intenzion criminosa è presunta se al testimone torna qualche utile dalla sua deposizione, se abbia ricevuto del danaro, se le diverse parti di questa deposizione si contraddicano fra loro, se poggia su d'una ragione evidentemente falsa; ad esempio, per valerci della ipotesi proposta dagli autori, se un testimone dichiarasse aver visto tale cosa al chiaro della luna e intanto fosse provato che in quel tempo la luna non splendeva sull'orizzonte. Nel dubbio, dice Farinacio, debbesi giudicare che il testimone abbia mentito per errore e non per malizia: *In dubio praesumitur testem falsum deponisse potius per errorem et ignorantiam quam dolo* (6). Per contrario, Biardo opina che debbesi piuttosto presumere il dolo: *Testem praesumendum esse quod scierit et non ignoranter falsum testimonium dixerit* (7).

Stabiliti in tale guisa i caratteri della falsa testimonianza debbonsi ora mettere a disamina i modi come si commette.

(1) Docia. Cass. 20 maggio 1813.

(2) Questo principio trovasi implicitamente riferito da molte decisioni della cassazione; memorando anno XIII; Dalluz, 27, 126; Sirry, 11, 186; 29 maggio 1808; 3 gennaio 1811 (Bull. n. 1.)

(3) Farinacio, quest. 67, n. 77.

(4) Jousse tom. 3, p. 433.

(5) Farinacio, quest. 67, n. 74.

(6) Quet. n. 78. 67.

(7) Ad Julium Clarum, §. falsum, n. 292.

Que to reato può aver luogo tanto in materia criminale quanto in materia civile.

La materia criminale è mestieri distinguere, quanto all'applicazione della pena, se sia stato commesso in materia criminale propriamente detta, o in materia correzionale o in affari di polizia.

In tutte tre le ipotesi, la imputazione è limitata, da una regola comune, ai soli casi nei quali la falsa testimonianza sia stata resa o contro l'accusato o in suo favore; solo in questi due casi gli articoli 361 e 362 (188 e 189) assoggettano a pena il falso testimone. Da ciò ne conseguiva che questa circostanza, costitutiva del reato in tutte le materie penali, debba esser espressamente dichiarata dal Giuri, e mancando questa dichiarazione di fatto, la falsa testimonianza non sarebbe che una deposizione mendace, scevra dei caratteri di reato e non soggetta a pena. Questa massima è stata soventi volte applicata dalla giurisprudenza (1). Noi citeremo una Decisione della Corte di Cassazione ove sta detto: « che se ai termini dell'articolo 362 (189) la falsa testimonianza presenta la stessa gravezza, tanto se abbia avuto luogo in favor di un accusato quanto se abbia avuto in mira di recargli del danno, non siegue, come ha preteso la decisione della Corte di Assisa, essere inutile cosa invocare su la disamina di questo scopo l'attenzione e il giudizio della giurisdizione repressiva; che l'essenziale elemento costitutivo la reità della falsa testimonianza, si è che essa rifletti fatti relativi alla imputazione ad occasione della quale la falsa testimonianza è fatta; che questa circostanza elementare non risulta sufficientemente dalla soluzione affermativa di una questione la quale si limita ad enunciare una falsa testimonianza in materia correzionale, senza specificare, come volle la legge, i rapporti di questa dichiarazione mendace con la persona dell'imputato e col fatto della imputazione; che in effetti, un testimone in procedimento correzionale, ha potuto ingannare la giustizia sopra fatti estranei alla causa e di nessuna influenza alla decisione dei giudici; che non è questa la falsa testimonianza preveduta dal citato articolo, il quale ha

proporzionata la pena sulla gravezza dell'attentato commesso, sia contro l'imputato, sia contro gli interessi della società; che perciò la Corte di Assisa omettendo di aggiungere, alle quistioni per essa proposte, le parole: in favor degli imputati, comprese nella Decisione di rinvio, ha violato l'articolo 362 (189.)

Questa Decisione ci richiama a qualche riflessione sul sistema del Codice Penale. Esso non stabilisce alcuna distinzione tra la falsa testimonianza fatta in favor dell'imputato e quella resa a suo danno; agli occhi del legislatore, questi due fatti, le cui conseguenze sono sì diverse, si confondono nello stesso carattere e son colpiti dalla stessa pena. Imperanto, la falsa testimonianza resa in favor dell'accusato non è di sovente che un atto di debolezza e mal' intesa umanità. Il testimone, stimolato da sentimenti di benevolenza o vinto da doni, non vede tutta la reità della sua azione perchè non ne vede immediate le funeste conseguenze. La falsa testimonianza che si commette a danno dell'imputato ha un carattere tutto diverso; essa non può essere che opera dell'odio o della vendetta; vi è profonda malignità nel cuore di colui che non teme di spregiare purché gli riesca di dannare un innocente all'infamia o al patibolo. È questo un assassinio morale, il più vile, il più odioso dei misfatti. Inoltre, nè ancor uguale è il pericolo onde l'uno e l'altro di questi fatti minacciano la società: la falsa testimonianza resa in favor dell'accusato può sottrarre un colpevole alla pena meritata, ma non offende che la società, e non la offenda che indirettamente togliendole la espiatione di un reato. La falsa testimonianza resa contro l'accusato colpisce ad un tempo e questo stesso accusato e la società intera, la quale non debbe punire che il delitto. Questa distinzione non era sfuggita ai compilatori del Codice Penale, e il Codice stesso ha reso omaggio a questo sentimento non cominciando la pena di morte, o quella dei lavori forzati perpetui, che nel solo caso in cui la falsa testimonianza fosse resa contro un accusato condannato ad una di queste due pene. Ma, tolta questa eccezione, la pena è la stessa in entrambe le ipotesi: « Non puossi disconvenire, diceva l'oratore del corpo legislativo, che questi due misfatti non presentano la stessa reità nei loro risultamenti, ma non puos-

(1) Decis. Cass. 29 novembre 1816 (Bulletin n° 84); 19 febb. e 4 luglio 1843; Dall'oz, 27, 109; Sirry, 23, n° 436.

si nè anche disconvenire che essi tendono allo stesso scopo, che inducono egualmente la giustizia in errore, che racchiudono lo stesso spergiuo. Seguendo l'esempio dell'Assemblea Costituente gli autori del progetto della legge hanno dovuto spiegare uguale severità in entrambi i casi per tenere un'equa lance tra l'interesse della società e quello degl'individui, e per prevenire del pari gli effetti di una troppo comune tendenza a salvare un colpevole a spese della verità, e raddrizzare col timor della pena questa falsa direzione d'una sensibilità traviata e pericolosa. » In queste parole si scorgono molte inesattezze: la legge non può vestire i fatti di una immoralità convenzionale; essa in proporzionare le pene debbe consultare le norme della coscienza e della morale; non può dunque pacificar tra loro due fatti quando riconosce che questi due fatti non rivelano la stessa perversità; non può distinguerli per l'applicazione di certe pene, e confonderli quando trattasi di applicare delle altre, perchè allora o nell'uno o nell'altro caso vi debbe essere assolutamente ingiustizia e capriccio. Ma vi ha di più, è un errore il dire che una pena uguale in entrambi i casi serba un'equa lance tra gl'interessi della società e quelli degl'individui, perciocchè la società è ugualmente offesa in entrambe le ipotesi, e forse l'è più, quando la giustizia sviata dal mendacio punisce l'innocente, di quel che lo sia, quando la sua mano distratta dal sentiero della verità si lascia sfuggire il delinquente. Questa distinzione è stata proclamata da molte legislazioni straniere; l'articolo 378 del Codice Sardo, l'articolo 1412 del Codice Prussiano, l'articolo 160 del Codice del Brasile l'han presa a norma nella gradazione della pena.

In materia civile i caratteri della falsa testimonianza sono in generale, come abbiamo veduto, gli stessi che in materia criminale, ne diversano però in qualche punto.

In materia criminale la imputazione della falsa testimonianza è limitata ai soli casi nei quali questa testimonianza sia resa o *in favore o contro l'accusato*; tutte le false dichiarazioni che non hanno uno di questi due effetti non costituiscono reato. In materia civile, tutte le deposizioni mendaci, quali si sieno, costituiscono reato purchè possano apportare ad altrui un danno. Innanzi i tribunali criminali il falso testimone può rivenire

sulla verità fino alla chiusura del dibattimento, e la sua ritrattazione fa svanire il reato; in materia civile, per la quale d'ordinario non vi è pubblica discussione, il misfatto è consumato tosto che la dichiarazione è fatta e sottoscritta, nè il testimone ha alcun termine per pentirsi e ritrattarsi.

Le dichiarazioni mendaci in materia civile possono costituire ora una falsità in scrittura pubblica, ora una falsa testimonianza, ed è di grave interesse non confondere i caratteri di questi due reati. A noi pare che siesi caduto in questa confusione in una causa nella quale trattavasi di un individuo il quale si era presentato al giudice di pace ed aveva innanzi a lui dichiarato essersi trovato, dopo una battaglia, nell'ospedale di Alessandria ed aver visto morire il nominato Asso, la cui moglie volea maritarsi; scoperta l'impostura fu condannato a sei anni di ferri per falsa testimonianza in materia civile; egli portò ricorso in Cassazione pel motivo che questa dichiarazione non era una testimonianza; il ricorso fu rigettato considerandosi: « che l'art. 47 (tit. 2, sez. 2) del Codice del 1791 vuole che il reato di falsa testimonianza in materia civile sia punito con sei anni di ferri; che non possano mettersi dei limiti alla generalità di questa disposizione; che per potersi una dichiarazione riguardare come falsa testimonianza ed attirare sul colpevole la pena pronunziata dalla legge, non sia necessario che questa dichiarazione, le cui conseguenze possono diventar pericolose per qualcuno o pregiudizievoli all'ordine pubblico, sia resa in una lite contestata, ma è bastevole che sia stata ricevuta da un ufficiale competente ad imprimerle il carattere di autenticità (1). »

Quest'ultimo motivo poggia su di un evidente errore. Le false dichiarazioni, fatte innanzi un ufficiale pubblico competente ad imprimere loro un carattere autentico, costituiscono il misfatto di falsità in scrittura (2), ma non quello di falsa testimonianza. Quest'ultimo reato richiede, come elemento necessario, una deposizione fatta in giustizia: « La falsa testimonianza, dicea l'oratore del corpo legislativo, non può aver luogo che da parte di coloro i quali sono interrogati in giustizia,

(1) Decis. Cas.. 6 novembre 1806; Sirey, 6, 163.

(2) Ved. il nostro t. 2, p. 197.

o chiamati a deporre in forza di ordinanza; ogni dichiarazione estragiudiziale se non è conforme alla verità è una falsa assertiva ma non falsa testimonianza. » Certamente il motivo che, nel fatto disaminato, aveva indotto la Corte a quella sentenza, fu, l'esser stata la dichiarazione resa con giuramento ed innanzi al giudice di pace, ma queste due circostanze non cangiano il suo carattere; non poteva quella dirsi una falsa testimonianza perchè non vi era stata né istanza né ordinanza giudiziaria che avesse richiesta quella dichiarazione, perchè non era stata né provocata né ricevuta nelle forme giudiziarie; chiaro si è del pari che il giudice di pace era, sotto tutti i rapporti, incompetente a ricevere quella dichiarazione ed imprimerle un carattere legale; ma questa considerazione avrebbe avuto per risultato di distruggere ogni specie di reato sia di falsa testimonianza, sia di falsità in scrittura pubblica.

In altra causa la Corte di Cassazione ha dichiarato: « che la rettificazione fatta nei registri dello stato civile in forza di giudicato, non può esser purificata ad un atto ricevuto dall'uffiziale dello stato civile; che essa può esser modificata o cancellata senza bisogno che la parte interessata, la quale non l'abbia richiesta o non sia stata chiamata nel giudizio, ricorra alla via straordinaria della iscrizione in falso; che questa rettificazione non ha a suo riguardo se non la forza che la legge attribuisce ai giudiziari; che perciò la falsità delle deposizioni che hanno fornito gli elementi di quella rettificazione non ha il carattere di falso ma soltanto quello di falsa testimonianza. » Questa decisione è consona ai principi della materia: la verificazione di un atto dello stato civile costituisce una istanza giudiziaria, le deposizioni dei testimoni che si presentano ad attestare i fatti da cui farsi sono ricevute in forza di delegazione della giustizia; sono dunque delle vere testimonianze e però la loro falsità non può andare che sotto la categoria di tali imputazioni.

Ma potrebbe mai attribuire lo stesso carattere alle risposte, che fa una parte citata in giudizio, s' a alle domande del suo avversario, s' a ad un interrogatorio sopra dati articoli di fatto? Noi abbiamo già risposto, in tesi generale, negativamente a tale questione, e la ragione si è che nessuno può far testimonianza in causa propria. La Corte di

Cassazione ha formalmente proclamata questa dottrina in materia civile (1).

Dopo aver disaminati i caratteri e i casi d' imputazione della falsa testimonianza, è mestieri discorrere le pene che la legge vi commina.

La pena prescritta contro questo reato dalle antiche legislazioni era in generale la pena del taglio: il male che la falsa testimonianza aveva cagionato si applicava al suo autore; la legge di Mosè dettava energicamente questo principio: *animam pro anima, oculum pro oculo, dentem pro dente, manum pro manu, pedem pro pede exiges* (2). La legge delle dodici tavoie prescriveva che ogni falso testimone fosse precipitato dalla rupe Tarpeja: *Si quis falsum testimonium dixerit sazo Tarpejo praecipit deicitur* (3). Non andò guari però e questa pena fu modificata, essendo stata comminata contro del reato la pena della legge Cornelia de falsis: *Poenae legis Corneliae irrogatur eo qui falsas testationes faciendas testimonio falsa inspicenda, dolo malo coierit* (4). La stessa legge aggiungeva ancora: *Si quis ob renuncandum remittendumque testimonium dicendum, vel non dicendum, pecuniam acceperit, poena legis Corneliae afficitur* (5). Or le pene della legge Cornelia erano la deportazione con la confisca dei beni, se il colpevole fosse di condizione libera, e l'ultimo supplizio se fosse schiavo (6); la pena era anche capitale in tutti i casi se la falsa testimonianza resa in materia criminale avesse attirata questa pena contro l' accusato: *Legge Cornelia de sicariis tenetur qui falsum testimonium dolo malo dixerit quo quis publico iudicio rei capitalis damnaretur* (7). Dopo queste leggi, la pena fu abbandonata in certi casi all'arbitrio dei giudici, e la legge disinse l'azione per danni interessi accordata alla parte offesa: *Si quis qui ex falso test monio damnatus est civiliter agere contra*

(1) Decis. Cass. 22 piovoso anno XI; Dalloz, 27, 119; Sirry, 3, 410.

(2) Deuteronomio, cap. 19, § 21.

(3) Parafasi di Giacomo Guelfredo. Il testo di questa legge, indicato da Aulo Gellio, l. 20, c. 1, non è stato conservato.

(4) L. 1, in pr. D. g. de leg. Corn. de falsis.

(5) L. 1, § 2. Dig. Leg. Corn. de falsis.

(6) L. 1, § 13, Dig. eod. l. 1.

(7) L. 1, d. g. ad leg. Corn. de Sicariis.

testem voluerit, quidquid damni fecit, ab eo recipiet (1), dall'azione penale che il giudice doveva spingere innanzi: *Procterea falsus ille testis definitum legibus poenam substatinebit* (2).

In Francia vi furono molte variazioni nel sistema generale intorno tale materia: i capitoli di Carlo Magno punivano il falso testimone con la perdita della mano: *Si quis convictus fuit periurj perdat manum aut redimat* (3).

Gli Statuti di S. Luigi non cominavano che un'amenda: Se qualcuno è convinto di falsa testimonianza il giudice gli infliggerà quell'amenda che crede convenevole (4). Francesco 1, tenendo queste pene per inefficaci, con sua ordinanza del 1731 statui per tutti i casi la pena di morte: « Ordiniamo che tutti quelli i quali saranno convinti di aver stipulati falsi contratti o resa falsa testimonianza in giudizio, saranno puniti di morte la quale verrà eseguita nei modi che il giudice stimerà secondo le occorrenze, » Muryart di Vonglans dice che gli effetti prodotti dalla severità di questa Ordinanza parevano talmente salutarì, che la sua esecuzione fu richiamata in vigore da molte leggi emanate successivamente su questa materia. Ed in vero, l'Editto di marzo 1680, l'Editto di novembre 1709 e la dichiarazione del 1720 vennero successivamente a confermare questa Ordinanza. Ma la conclusione che delibesi tirare da queste leggi si è che, a malgrado delle loro prescrizioni, la pena di morte non era mai rigorosamente applicata.

Questo fatto ci viene attestato dallo stesso Muryart di Vonglans: « Secondo la nostra giurisprudenza vigente, dice questo autore, si è creduto un dovere non arrestarsi alle parole di queste leggi ma indagare il loro spirito, epperò le Corti non usano più pronunziar la pena di morte che nei soli casi in cui il misfatto imputato dal falso testimone fosse tale da poter attirare sull'accusato la stessa pena, val dire, che in questo punto noi abbiamo ritenuto la pena del taglione stabilita dal dritto Romano. La giurisprudenza avea fatte molte distinzioni, dapprima, tra la falsa testimonianza resa in

materia civile e quella fatta in materia penale; dipoi, nella stessa materia penale, avea distinta la falsa testimonianza resa in accusa capitale o non capitale. La pena dei testimoni in materia civile era abbandonata al criterio dei giudici, lo stesso praticavasi in riguardo ai falsi testimoni in un'accusa non capitale; la pena ordinaria era allora la galera o il bando, la pena di morte era riservata contro la falsa testimonianza resa in accusa capitale (5).

Il Codice Penale del 1791 non fece che adottare le distinzioni di questa giurisprudenza; gli articoli 47 e 48 della seconda Sezione del titolo 2° prescrivevano: « Chiunque sarà convinto del reato di falsa testimonianza in materia civile sarà punito con sei anni di ferri. Chiunque sarà convinto di falsa testimonianza resa in giudizio criminale sarà punito con venti anni di ferri, e con la pena di morte se questa pena sia stata applicata all'accusato contro cui fu resa la falsa testimonianza. » Questa disposizione, la quale non colpiva il falso testimone che in caso di condanna capitale pronunziata, venne modificata dalla legge del 5 piovoso anno 2° così concepita: « Articolo 1°. La pena di morte, pronunziata dall'articolo 48 della sezione 2. tit. 2° parte 2. Codice Penale contro la falsa testimonianza resa in accusa capitale, avrà luogo ancorchè gli accusati, contro cui si è resa la falsa testimonianza, fossero stati assolti. Articolo 2: I falsi testimoni che avessero deposto contro un accusato, ancorchè di accusa capitale, saranno puniti con venticinque anni di ferri, quantunque l'accusato fosse stato assoluto. »

Debbesi notare che tutte queste disposizioni lasciavano una lacuna in quanto alla falsa testimonianza resa in materia correzionale o di polizia; la giurisprudenza applicava in questi casi le pene relative alle false testimonianze rese in materia civile (6).

Il nostro Codice si è uniformato allo spirito che avea dettate tali disposizioni e non ha fatto altri cambiamenti che quelli richiesti dalla nuova classificazione delle pene. Il falso testimone in materia criminale è pu-

(1) L. 13, cod. de testibus.

(2) L. 13, cod. tit.

(3) Cap. Carlo Magno t. 2, cap. 10.

(4) Antiche leggi francesi, tom. 2, p. 373.

(5) Jousse, t. 3, p. 418; Papon, lib. 22, tit. 13, n° 1; Farinacio. Quest. 67, n° 20; Giuto Claro §. falsum. n. 4.

(6) Decis. Cas. 14 nevoso anno XIII.

nito coi lavori forzati a tempo: « Chiunque, sta detto nell'art. 361 (188) sarà colpevole di falsa testimonianza in materia criminale o contro l'imputato o in favore del medesimo sarà punito coi lavori forzati a tempo (1° grado dei ferri per le leg. pen. delle due Sicilie.) Gli articoli 362 e 363 (189 e 190) comminano la pena della reclusione quando la falsa testimonianza sia resa in materia correzionale o civile. Innanzi la promulgazione dell'a legge dei 28 aprile 1832 valea lo stesso per le testimonianze rese in materia di polizia; ma questa legge aggiunse all'articolo 362 (189) un altro paragrafo così concepito: « Chiunque sarà colpevole di falsa testimonianza in materia di polizia o contro l'imputato o in favor del medesimo sarà punito con la degradazione civica e con la prigionia da uno a cinque anni. » Questa distinzione, introdotta da un ammendamento, fu giustificata dal solo motivo che la reclusione era pena troppo grave quando la falsa testimonianza non avesse per oggetto che una contravvenzione di polizia. P'uossi aggiungere che la tenuità del danno è in questo caso motivo sufficiente dell'attenuamento della pena, perciocchè la falsa testimonianza non può attirare sull'imputato che una lieve pena, nè sull'ordine sociale altro che una innocente impunità.

Queste pene si modificano dal concorso di due circostanze aggravanti, una speciale alle materie criminali, l'altra alle materie civili, correzionali e di polizia.

Il secondo paragrafo dell'articolo 361 (188) prescrive: Nondimeno, se l'accusato sia stato condannato a pena più grave di quella dei lavori forzati, il falso testimone che ha deposto, contro di lui soggiacerà alla stessa pena. È la pena del tagliare che abbiamo visto essere stata successivamente applicata e dalle leggi Romane e dall'antica giurisprudenza e dal Codice del 1791. Il falso testimone però non va soggetto alla pena capitale o ad altra pena perpetua se non quando abbia deposto contro l'accusato e questi per tale testimonianza sia stato condannato ad una di tali pene; il Codice non ha ammessa la disposizione della legge del 5 piovoso anno 2.

L'altra circostanza aggravante è attinta dalle cause che han provocata la falsa testimonianza. La legge non va indagando se il falso testimone in materia penale sia stato

subornato con danaro: « È certamente, dicea l'oratore del governo, un reato oltre modo grave quello di far perdere ad un cittadino la stima e la libertà e qualche volta anche la vita, o di far rientrare nel seno della società un delinquente il quale incoraggiato dall'estrema impunità si abbandonerà ben tosto a novelli malefiz; così, in materia criminale la legge non ebbe alcun riguardo dei motivi che han potuto muovere il falso testimone. »

Ma questa causa di aggravazione si applica a tutte le altre materie: L' articolo 364 prescrive: Il falso testimone in materia correzionale o civile, che avrà avuto del danaro, una ricompensa qualunque o delle promesse sarà punito coi lavori forzati a tempo (3° grado di prigionia.)

Il falso testimone in materia di polizia che avrà ricevuto danaro, promesse o una ricompensa qualunque sarà punito con la reclusione (3° grado di prigionia). In tutti i casi ciò che il testimone ha ricevuto sarà confiscato. « Così il falso testimone in materia correzionale e in materia civile è peggiorato al testimone in materia criminale, e soggetto alla stessa pena quando il testimone abbia ricevuto danaro, una ricompensa qualunque o delle promesse; il reato si aggrava non pel danno che può cagionare ma per la natura dei motivi che spingono il colpevole. Per ricompensa qualunque debbonsi intendere non solo i doni che han potuto essere offerti al testimone, ma ancora i servigi che ha potuto ricevere a motivo di questa deposizione; per promesse debbonsi intendere tutte le promesse ch'egli abbia accettate nello stesso fine; le promesse ancorchè verbali potrebbero costituire l'aggravazione ove fossero state accettate.

Il Codice Penale del 1810 avea compreso nella stessa disposizione la falsa testimonianza in materia di polizia allorchè fosse stata egualmente provocata da danaro, ricompense o promesse: la distinzione introdotta nell'articolo 362 (189) dalla legge del 1832 rendeva necessaria una simile distinzione nell'articolo 364 (191).

L'articolo aggiunge: che in tutti i casi sarà confiscato ciò che il falso testimone abbia ricevuto. « Questa disposizione si applica soltanto ai due paragrafi dell' articolo 364 (191) o forse debbesi estendere al falso testimone che ha deposto in materia criminale subornato con danaro? E chiaro che

la ragion di decidere è identicamente la stessa in entrambe le ipotesi, e siccome l'articolo si esprime con la parola: *in tutti i casi* così noi ci avvisiamo che debbesi applicare sempre che il testimone riceve un oggetto qualunque, ancorchè questi casi non sieno preveduti da questo articolo.

Alla materia della falsa testimonianza si aggiunge naturalmente quella della subornazione dei testimoni. Ed in vero, la subornazione non è che un atto di complicità della falsa testimonianza.

Questa dottrina era assai nettamente stabilita da Giulio Claro: i subornatori, egli dice, « sono i complici del misfatto, *sunt socii criminis et parjuri* (1); in conseguenza essi eran puniti con la stessa pena del falso testimone (2). Nondimeno, Muyart de Vouglans osserva che « il subornatore si rende doppiamente colpevole sì per la falsità che egli commette come per quella che fa commettere al testimone; che in lui vi è sempre dolo e malignità, mentre il testimone il più delle volte non si lascia subornare che da motivi d'interesse, eccitati dal bisogno e dall'indigenza, o anche cede alla lusinga della gioventù o al timore (3). »

Il Codice del 1791 avea serbato silenzio su la subornazione. Il progetto del Codice del 1810 per appianare questa lacuna proponeva una disposizione così concepita: « La subornazione del testimone sarà punita colla stessa pena della falsa testimonianza. » Nella discussione del Consiglio di stato il signor di Cessac disse: che a suo avviso la subornazione deve essere punita più severamente della falsa testimonianza: Questo misfatto, egli dicea, ne contiene due; perciocchè il subornatore corrompe il testimone e manda in rovina l'accusato; gli si dovrebbe dunque infliggere un grado di pena maggiore di quella cui soggiacesse il falso testimone (4). Il Consiglio, adottando questa opinione, stabilì per massima che la pena della subornazione sarebbe di un grado maggiore di quella della falsa testimonianza: « Questa subornazione, ha detto il signor Faur, nella esposi-

zione dei motivi, è una specie di provocazione sì pericolosa che si è pensato doversi al colpevole una pena più severa che alla persona provocata. » L'oratore del corpo legislativo aggiungeva: Quest'aggravazione è motivata dalla parte che rappresenta il subornatore il quale è più che un complice ordinario, giacchè per solo suo interesse si ordisce e consuma il misfatto; il falso testimone non è che un pieghevole e corrotto istrumento fra le sue mani. « In conseguenza, ai termini dell'antica compilazione dell'articolo 365 (193), il colpevole di subornazione di testimoni era condannato alla pena dei lavori forzati a tempo, se la falsa testimonianza fosse stata punita con la reclusione; ai lavori forzati perpetui quando alla falsa testimonianza fosse stata inflitta la pena dei lavori forzati a tempo o della deportazione; e alla pena di morte quando la falsa testimonianza fosse soggiaciuta ai lavori forzati perpetui o alla pena capitale (a).

La legge del 28 aprile 1832 ha soppressa quest'aggravazione (tuttora vigente nelle Leg. Pen. delle Due Sic.). Tale soppressione incontrò qualche opposizione nella Camera dei Pari: la Commissione avea proposto di mantenere in vigore il sistema del Codice Penale. Il Renouard, commissario del governo, confutò questa proposizione dicendo: il sistema presentato dal governo avea per obbietto di far considerare il subornatore come complice del falso testimone. Per contrario, la commissione ha considerato essere il subornatore in molti casi assai più colpevole del falso testimone. Impertanto, non sarebbe difficile cosa supporre dei casi nei quali il falso testimone sarebbe più colpevole del subornatore. Un padre, per esempio, per salvare suo figlio può rendersi colpevole del reato di subornazione di testimoni. Eh bene! non può forse dirsi che questo padre trascinato al misfatto dalla carità paterna merita più indulgenza del falso testimone che cede alle attrattive dell'oro? Questo esemio è sufficiente a provare non potersi stabilire, per massima generale, che il falso testimone sia sempre men colpevole del subornatore. » Dopo queste osservazioni l'articolo fu rinviato alla commissione, la quale

(1) § Falsum, n. 3.

(2) Jousse, tom. 3, p. 427. Muyart de Vouglans, leg. cr. m. p. 265; Frassinio, Quest. 67, n. 257.

(3) Leg. Crim. p. 265, §. 3.

(4) Processi-verbali del cons. di Stato, Sessione del 19 Nov. 1808.

(a) Nello Leg. Pen. delle Due Sicilie la pena del subornatore, è, o il *maximum* della pena del falso testimone, o il grado superiore.

presentò un nuovo rapporto così conceputo. « Il sistema del Codice Penale, che la Commissione avea creduto dover adottare, era di punire il subornatore con pena più grave di quella che fosse applicata al falso testimone. Per contrario, il progetto del governo è di punire il subornatore con la stessa pena del falso testimone. Dopo di avere ponderatamente esaminata tale quistione, la vostra commissione è andata all'avviso del governo che considera il subornatore del testimone come un complice. Or, nel sistema del Codice Penale, essendo la pena della complicità la stessa che quella del reato principale, la vostra commissione non ha creduto dipartirsi da questo principio (1) ». Epperò, l'articolo 365 (192) venne così concepito: Il colpevole di subornazione di testimoni *soggiacerà alla stessa pena del falso testimone*, secondo le distinzioni contenute negli articoli 361, 362, 363, e 364 (188, 189, 190 e 191.)

La legge in tal modo ha fatto ritorno ai veri principi della materia; la subornazione e la falsa testimonianza sono due atti che concorrono ad uno stesso scopo, ma con un carattere distinto; la subornazione non è che un atto di provocazione a commettere il misfatto, eseguito con doni o promesse; essa dunque costituisce un atto di complicità nel reato, l'autore principale è il falso testimone, il subornatore non n'è che il complice.

Da questo principio vengono molte conseguenze:

Prima mente ne conseguita che la subornazione non può essere elevata a reato se non quando i testimoni subornati abbiano deposto contro la verità. Di fatti, perchè il complice di un reato possa andar soggetto a pena uopo è che il reato sia stato commesso; or, un reato si reputa commesso quando è consumato o almeno tentato non un fatto materiale che ha dato cominciamento alla esecuzione. Non può dunque esservi falsa testimonianza che allorchando il testimone ha fatto la sua deposizione, quindi sin che egli non abbia deposto non può aversi complicità della sua falsa testimonianza.

Questa conseguenza del principio: che la

subornazione altro non sia se non un atto di complicità è stato soventi volte proclamata dalla Corte di Cassazione. Così in una delle sue Decisioni detta Corte dichiarava: « che la subornazione di un testimone, riguardata isolatamente, non costituisce reato; che essa costituisce soltanto un mezzo di complicità (per provocazione) nel reato di falsa testimonianza; che perciò la subornazione dei testimoni non può andar soggetta a pena se non quando si rannodi ad una falsa testimonianza realmente commessa, o ad un legale tentativo della stessa (2) ». La medesima Corte, sotto l'impero del Codice del 1791 che avea verbato silenzio su la subornazione, giudicò: « che il fatto di subornazione dei testimoni, riguardato soltanto in sè stesso, non è qualificato misfatto da alcuna legge; che non può esser dedotto in giudizio nè punito se non quando rannodandosi ad un fatto di sua natura criminoso possa esser reputato un atto di complicità; che non può darsi complicità se non in un misfatto consumato o tentato; che nella causa in esame, avendo il Giurì dichiarato non esserci stata falsa testimonianza, la subornazione dei testimoni, la quale non potrebbe considerarsi che come provocazione a questa falsa testimonianza, non poteva avere i caratteri di complicità; che non poteva nè anco esser considerata come tentativo della falsa testimonianza, perciocchè la subornazione dei testimoni e la falsa testimonianza non possono giammai costituire lo stesso fatto e concorrere nella stessa persona (3).

L'antica compilazione dell'articolo 359 che puniva il subornatore con pena più grave del falso testimone non era affatto contraria a questa dottrina, e la Corte di Cassazione rispondeva a tale obbiezione con dichiarare: « che questo articolo 365 (192) non ha elevata la subornazione a reato principale; che esso in pronunziare, contro la complicità per subornazione di falsi testimoni, pena più grave di quella fissata dalla stessa legge contro la falsa testimonianza, non ebbe altro in mira che di modificar l'art. 59 (75) il quale punisce il complice con

(1) Decis. Cass. 18 feb. 1813 (Dalloz, n. 97.)

(1) Monitore del 24 marzo 1832; Cod. Pen. prog. p. 301,

(3) Decis. Cass. 23 vend. anno VIII e 9 marzo 1809 (Bull. n. 53). La subornazione del testimone non costituisce reato se non quando il testimone abbia prestato falso giuramento (Brus. Cas. 1.º giugno 1838; Bull. n. 501.)

la pena pronunziata contro l'autor del reato (1). « Perchè abbia vita il reato di subornazione di testimoni è forse necessario che la falsa testimonianza sia provata con la condanna del falso testimone? Varia fu su tale quistione la giurisprudenza della Corte d. Cassazione; essa con svariata Decisioni aveva giudicato che la subornazione non poteva andar soggetta a pena se non quando il falso testimone fosse stato dichiarato colpevole, e così esprimevasi in una di queste decisioni: « che la subornazione dei testimoni è un atto di complicità per provocazione del reato di falsa testimonianza, che perciò ne conseguita non potervi essere reato di subornazione dove non vi sia reato di falsa testimonianza; che la provocazione, con la quale s' impegnano degl' individui a fare falsa testimonianza, quando non si segue ad alcuna esecuzione né da alcun cominciamento di esecuzione criminosa, è un atto immorale che non va legalmente soggetto ad alcuna pena; che nel fatto in esame, gl' individui accusati di falsa testimonianza sono stati dichiarati non colpevoli dal Giuri e perciò assoluti, che, in conseguenza, la dichiarazione affermativa del Giuri sulla quistione riguardante la subornazione di questi testimoni non poteva servir di base ad alcuna pena, perchè non vi era dichiarazione di costare il reato (2). »

La stessa Corte ripeteva in altra Decisione « che l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 365 (192), il quale pronuncia delle pene contro la subornazione, va subordinata alla esistenza della stessa testimonianza che n'era l'oggetto; che dove non vi è reato di falsa testimonianza non vi è reato di subornazione di falsi testimoni; che nel fatto in esame gli accusati di falsa testimonianza erano stati dichiarati dal Giuri non colpevoli, quindi la decisione, con la quale il ricorrente è stato dichiarato colpevole di aver subornato i detti testimoni, non poteva valer di base legale all' applicazione dell' articolo 365 (192) » (3).

La stessa Corte però ha posteriormente dichiarato che l'assoluzione del falso testimone non può cancellare il reato del subornatore. Nella decisione che ha portato questo cambiamento in sì annosa giurisprudenza sta detto solamente: « Che se l'articolo 363 (192) statuisce doversi il colpevole di subornazione di testimoni condannare alle stesse pene della falsa testimonianza, non ne siegue però che il subornatore di testimoni non sia soggetto a pena se non quando vada punito il testimone subornato; che da detto articolo ne siegue solamente dover la pena applicata variare nella sua gravezza a seconda delle distinzioni dei casi nei quali la pena del falso testimone può essere aumentata o diminuita (4).

Questa ultima decisione ci pare più consona ai principj della materia. Di fatti, si è visto nel capitolo della complicità (5) che l'assoluzione dell'autor principale, quando siasi pronunziata sull'appoggio della sua buona fede ed ignoranza non fa ostacolo alla condanna del complice, che allora soltanto il complice non può andar soggetto a pena quando manchi il fatto materiale del reato. Or, quando il Giuri dichiara il falso testimone non colpevole non dice necessariamente che non vi sia stata falsa deposizione; egli dichiara soltanto che, secondo le circostanze della causa, il falso testimone non può esser punito. Questa dichiarazione dunque non rende impossibile la condanna del subornatore. Puòsi forse opporre una correlazione, un legame necessario tra la esistenza del reato di falsa testimonianza e il falso testimone? Questa supposizione non sarebbe esatta; non vi è reato di falsa testimonianza quando colui che ha fatto la falsa deposizione era nello stato di demenza o d'idiotismo, quando non abbia agito con malizia ed intenzione di nuocere, vi è però falsa deposizione pericchè il fatto asserito era materialmente falso; il falso testimone non è che un istrumento tra le mani del subornatore, questi concepisce e medita il malfatto cui l'altro non fa che eseguire ciecamente. Senza dubbio, questa esecuzione è necessaria perchè abbia vita il reato, ma la colpevolezza del subornatore non può esser subordinata alla colpevolezza del testimone; costui può aver operato in buona fe-

(1) Decis. 4 d'embre 1818 (Bull. N. 259).

(2) Decis. Cass. 8 luglio 1830; Sirry, 30, 364. Giorn. del diritto crim. n. 1330. pag. 260.

(3) Cass. 20. lug. 1831; Giorn. del diritto crim. 1831. p. 363; 14. d'embre 1826; Sirry, 27, 1, 297; 30. d'embre 1826. Diction. n. 13; 16 novembre 1821; Diction, n. 181.

(4) Cass. 22 Agosto 1834. Giorn. del diritto crim. 1834 p. 243.

(5) Ved. to. n. 1. pag. 175.

de, mentre che l'altro lo provocava colla sofferza del reato. Se queste due imputazioni fossero vicendevolmente connesse ed dipendenti fra loro, il più delle volte il subornatore sfuggirebbe alla pena; perocchè il falso testimone, che ordinariamente fa la sua deposizione sotto l'impero di minacce e di mal'intesa pietà, si presenta agli occhi del Giurì piuttosto debole che colpevole, ed ei l'assolve scribando tutto il suo rigore contro il subornatore; or, nel sistema contrario, sarebbe impossibile: questa equa distribuzione di pena, l'assoluzione del testimone trarrebbe seco necessariamente quella del subornatore, e per qual motivo questa eccezione alla regola della complicità? Può forse credersi che la legge abbia voluto lasciare la società inerme contro i malefizj più alti a lacerarle il seno?

Non debbesi però perder di vista che per aversi il reato di subornazione sia indispensabile il fatto materiale di una falsa o almeno mendace deposizione resa in udienza; perocchè se la colpevolezza del testimone svanisce a causa della sua buona fede, rimane il fatto materiale della falsa testimonianza che costituisce il reato principale di cui la subornazione non è che un atto di complicità; è dunque mestieri che il fatto materiale di questo reato sia dichiarato dal Giurì, che il Giurì dichiari tutte le circostanze che gli imprimono un carattere criminoso. Epperò, non basta che il Giurì dichiari non colpevole il falso testimone: simile dichiarazione ne escluderebbe se riferirebbe il fatto della falsa testimonianza; non basta dichiararsi costare della mendace deposizione poichè non è questa deposizione che costituisce la falsa testimonianza; è mestieri dichiararsi che questa deposizione mendace sia stata fatta in udienza, e che sia atta a nuocere; in una parola, il Giurì debbe dichiarare costar di tutti gli elementi criminali del reato di cui si è fatto complice il subornatore. La Corte di Cassazione ha pienamente riconosciuta questa massima in una decisione ove sta scritto: « che se l'assoluzione del testimone subornato, la quale può essere motivata dalla mancanza d'intenzion criminosa da parte di questo testimone, non impedisce che sia condannato il subornatore, debbesi almeno, acciò la condanna sia legalmente pronunziata, dichiararsi dal Giurì che costa il fatto di una deposizione mendace resa in udienza in favore e contro l'accusato; che nel fatto in disamina la esistenza della falsa

testimonianza non è accertata nè dalla prima parte della dichiarazione del Giurì, la quale non fa che negare il misfatto di falsa testimonianza imputato al testimone, nè dalla seconda parte la quale semplicemente afferma il fatto della subornazione senza specificare i caratteri costitutivi della falsa testimonianza; che intanto la Corte di Assisa, in vece di pronunziar l'assoluzione dell'imputato, gli ha inflitte le pene nominative dagli articoli 361 e 362 (188 e 192); che perciò ha violati detti articoli ».

Dal principio con cui si è riferito non esser la subornazione che un atto di complicità della falsa testimonianza, ne conseguiva ancora che la legge non fu nella necessità di definire gli atti che costituiscono la subornazione: questa definizione si trovava nei termini dell'articolo 60 (74) che determina i caratteri della complicità; potrebbesi anche aggiungere che, avendo la legge soppressa l'aggravazione della pena prescritta contro il subornatore dall'antica compilazione dell'articolo, potrebbe questo articolo esser interamente soppresso senza inconvenienza, perocchè trovasi completamente compreso nelle disposizioni degli articoli 59 e 60 (74).

Così, sono colpevoli di subornazione quelli che con doni, promesse, minacce, abusi di autorità o di potere, machinazioni o artifizj colpevoli avranno provocata la falsa testimonianza o date istruzioni per commetterla (a).

(a) Questo modo di complicità fu espressamente preveduto dall'art. 187 dello leg. pen. delle Due Sicilie. Questo articolo eleva a reato ed assoggetta alla stessa pena anche colui che produce scienziamente un falso testimone, val dire, colui che costringendo esser Tizio, per suoi privati motivi, promette o parato a tradir la verità in danno o a favore di un imputato o di uno dei litiganti in giudizio civile, lo deduce a testimone.

Esso è cosa evidente che non può rendersi colpevole di tal reato se non chi ha un carattere legale in un giudizio o da parte civile o da imputato, o da litigante nei giudizi civili. Questi soli hanno il diritto di produrre la loro lista di testimoni, di astingere i giudici a sentirli, ove non sieno esclusi da legali motivi. Essi, è vero, sono meno rei di quelli che per mezzo d'istruzioni, di subornazioni piegano e preparano il cuore del testimone alla falsità; essi si avvalgono di chi è già corrotto, di chi è già parato a mentire, ma senza l'opera loro la falsa testimonianza non avrebbe avuto luogo, perchè il testimone non si sarebbe potuto presentare in giudizio da testimone spontaneo. (Edit. Nap.)

La subornazione può dunque recarsi in atto per diversi modi: pel timore, minacciando il testimone nei suoi beni, nella sua professione nella vita stessa; per abuso di autorità, quando il subornatore ingiunge alle persone da sè dipendenti, di fare una falsa deposizione; per corruzione, quando il subornatore dà o promette denari al testimone, o lo adessa colla speranza d'immegliare il suo stato e la sua fortuna; tutti questi mezzi sono ugualmente criminosi, tutti ugualmente costituiscono un atto di complicità della falsa testimonianza, e in conseguente la subornazione.

Colui che chiede ad un testimone una falsa deposizione, *come atto di pura compiacenza senza fargli alcuna promessa*, rendesi forse colpevole di subornazione? La Corte Reale di Parigi ha risolta la questione affermativamente: « Attesochè, essa diceva, vi ha subornazione ogni qual volta, mercè di una seduzione qualunque praticata verso dei testimoni, fu resa in giustizia falsa testimonianza; attesochè dai termini dell'articolo 365 (192) risulta formalmente che il colpevole di subornazione debb'esser punito, o che la falsa deposizione siasi ottenuta in forza di denaro, o di una qualunque promessa o ricompensa, o che sia stata resa senza alcuno di questi mezzi; che perciò non debbonsi cercare nell'articolo 60 (74) gli elementi di questa complicità. « Questa decisione contiene una evidente violazione dei principi regolatori della materia. È mestieri distinguere la subornazione, nel suo concetto generale, che è quella la quale con un qualunque mezzo di seduzione induce una persona a fare qualche cosa contro il suo dovere, e la subornazione punibile, la quale con certi mezzi di provocazione spinge un testimone a deporre contro la verità. La legge in questo ultimo caso ha definiti i mezzi di provocazione costitutivi il reato; or, tra questi mezzi non trovasi compresa la richiesta di una falsa testimonianza fatta senza adoperare nè doni, nè promesse, nè minacce, nè abusi di autorità. Si oppone che l'articolo 365 (192) non richiede che si sieno adoperati questi mezzi di provocazione; in questo articolo però stà rifermato il principio che la subornazione è un atto di complicità, essa dunque va dominata dalle regole generali di complicità. Inoltre, sarebbe strana cosa punire, in rispetto alla falsa testimonianza, dei mezzi di complicità per provocazione che vanno immuni da

pene quando hanno per oggetto la perpetrazione di misfatti molto più gravi. L'essersi semplicemente chiesta una falsa deposizione, senza accompagnar tale inchiesta con alcun mezzo di seduzione, non produce gli stessi effetti, non presenta gli stessi pericoli che se fosse accompagnata da doni, promesse o minacce; il testimone non è a fronte di alcun tentativo di corruzione, non subisce alcuna illecita influenza, egli è in tutta la sua libertà per negarsi a quella inchiesta. Il sud procedere è certamente immorale, ma non è un atto di subornazione, perchè il suo autore non mette in uso alcuno di quei mezzi fraudolenti che costituiscono il misfatto.

Ci rimane ora a parlare del falso giuramento. L'art. 366 (S. leg. pen.) è così concepito: Quello a cui sia stato deferito o riferito il giuramento in materia civile o penale, e che avrà preso un giuramento falso, sarà punito con la degradazione civile. La esposizione dei motivi così esprimevasi intorno a ciò: « Una disposizione relativa al falso giuramento, e che mancava nella legge del 1791, è stata registrata nel nuovo Codice. Questo misfatto è stato punito con la degradazione civile. Non vi è pena più convenevole pel reato di falso giuramento di quella che consiste nel destituire ed escludere il condannato da tutte le funzioni o cariche pubbliche e nel privarlo di alcuni dritti civili, come ad esempio, di quello d'esser Giurato o testimone. E per fermo, il colpevole di falso giuramento si è renduto indegno di questi dritti ». L'oratore del corpo legislativo aggiungeva: Questa pena infame si addice a degli uomini sì vili e sfrontati che, costituiti giudici in causa propria, rispondono con uno spergurio a quest'onorevole appello fatto alla loro probità: « Leggesi impertanto nei processi verbali del Consiglio di stato essersi da molti membri chiesto che il falso giuramento fosse punito con le stesse pene della falsa testimonianza; in appoggio di questa opinione deducevasi che il falso giuramento è reato più grave della falsa testimonianza, che lo spergurio abusa di tutto ciò che vi è di più sacro per commettere un furto. Si è risposto che il falso testimone e il subornatore fanno il male solo per vaghezza del male senza avere la spinta di qualche interesse, mentre quello che presta un falso giuramento non ha direttamente alcuna intenzione di nuocere, egli è sedotto dalla cupidigia; egli commette uno scrocco quindi

non debbe esser punito che come scroccatore. Il Consiglio di Stato decise che il falso giuramento fosse punito con pena affittiva ed infamante, ma poi non fu applicata che la sola degradazione civica.

La Commissione del Corpo legislativo presentava sull'articolo 366 le seguenti osservazioni: « La Commissione è persuasa che il giuramento, di cui intendesi parlare in questo articolo, non può essere che il giuramento decisorio; ma essa fa osservare che questo articolo, statuendo una pena contro il falso giuramento, offre una patente contraddizione con l'articolo 1363 del Codice civile (1317 ff. cc.) così conceputo: « Quando il giuramento deferito o riferito siesi dato, non si ammette l'avversario a provarne la falsità. » Certamente, sarebbe desiderevole cosa che soggiaccia ad una pena colui che dà un falso giuramento, ancorchè ciò sia in causa civile; ma come mettere in accordo la disposizione in esame con questo articolo del Codice civile? Non ne verrebbero inoltre molte inconvenienze in ammettere la prova della falsità di simile giuramento? Colui che deferisce un giuramento lo rende decisorio; se ha reclamato una somma per la quale non è ammissibile la prova testimoniale, impugnerà di falso il giuramento, potrà addurre le prove, e giungere a far la prova di un mutuo pel quale la legge non ammette prova testimoniale. Puòasi, è vero, obiettare che qui trattasi di punire un reato e non di dichiarare vero un debito smentito col giuramento; ma il solo creditore è quello che ha interesse d'impugnare di falso il giuramento; esso solo è in grado di somministrar le prove; se risulta provata la falsità di questo giuramento, e ne sia inflitta la pena, il creditore se ne potrà valere in qualunque modo; se poi l'azione penale contro simile spergiuro non appartiene che al Pubblico Ministero, il quale la muove per una denuncia qualunque, il creditore che avrà indicato i testimoni o i mezzi di prova avrà diritto di chiedere i danni-interessi in una quantità equivalente al credito reclamato nel giudizio civile, e così indirettamente perverrà a farsi pagare mercè una prova a cui non è ammissibile. D'altra banda, se la condanna dello spergiuro si limiterà alla sola applicazione della pena, il creditore non gli farà parti ostili nel giudizio perchè non può trarne alcun vantaggio, nè vorrà, senza alcun rischio, esporsi al rischio di suscitare una procedura criminale. »

Per questi motivi la Commissione concludeva che l'articolo fosse soppresso; ma il Consiglio di Stato non ammise queste conclusioni, per ragioni così espresse nella esposizione dei motivi: « Il procedimento contro questo misfatto, diceva il signor Faure, appartiene soprattutto al Pubblico Ministero. Quanto alla parte, o il giuramento è stato deferito da essa o lo è stato di ufficio; nel primo caso la parte è dall'articolo 1363 del Codice civile (1317 ff. cc.) dichiarata inammissibile ad impugnare di falso il giuramento. Questa dichiarazione ha per scopo d'impedire che la parte condannata, per forza d'una prova cui ha aderito, non tenti di rinnovellar la lite sotto pretesto che quel giuramento sia stato falso; e ciò avverrà non di raro. Nel secondo caso, cioè quando il giuramento sia dal giudice deferito *ex officio*, la parte interessata può essere ammessa a provare la falsità della dichiarazione, ma debbe uniformarsi alle regole prescritte dal Codice di procedura civile. Rispetto al Ministero Pubblico, egli è indifferente alla questione: se debba o pur no essere ammessa la parte a provare la falsità del giuramento. L'interesse della società richiede che non resti impunito il misfatto di falso giuramento; e quantunque la parte non possa agire che nel suo privato interesse, non perciò non può esser provocata dal Ministero Pubblico la pena dovuta al misfatto. »

« Questa disposizione, aggiungeva l'oratore del Corpo legislativo, non schiude alcuna novella azione al condannato: il Cod. Civ. ha irrevocabilmente regolato tuttocchè è relativo agli interessi privati ed alla parte civile; il solo Ministero Pubblico è quello che nell'interesse della società può perseguire i colpevoli. Colui che avrà prestato un falso giuramento per liberarsi dal pagamento di un debito contratto, pel quale non era ammissibile in linea civile la prova testimoniale, non godrà in pace il frutto della sua impostura; egli potrà essere smascherato dalla giustizia penale, possa questo salutare timore porre freno alla cupidigia, esser di ritegno alla mala fede e mettere un termine agli scandalosi abusi dei giuramenti nel santuario della giustizia! »

Non di meno, non debbesi perder di vista che il giuramento prestato non potrebbe vestire i caratteri di falso giuramento ed andar soggetto ad azione penale, se non quando si esibisca una prova scritta o un cominciamento

io di prova per iscritto contro il fatto affermato col giuramento, allorchè in linea civile sarebbe stato necessario questo genere di prova. Ed in vero, se i fatti criminosi possono esser provati con deposizioni dei testimoni, non è lo stesso dei fatti civili la cui prova sia dalla legge civile subordinata alla esibizione di un atto in iscritto; per questi fatti la legge, che determina il genere di prova ad essi proprio, estende il suo impero anche su la procedura criminale; debb'esser osservata dai giudici criminali anche quando il fatto civile abbia necessari rapporti di connessione col fatto punito dalla legge Penale.

Così, se trattisi di un pagamento negato dal

creditore, e soggetto quanto alla prova agli art. 1341 e 1347 del Cod. Civ. (1295 e 1301 ll.cc.) il debitore non può, sulla sua semplice assertiva di eseguito pagamento, esser ammesso a far querela in linea penale; sarà mestieri che egli esibisca una prova scritta o almeno un cominciamento di prova per iscritto dell'asserto pagamento.

Così ancora, se trattisi d'una convenzione, di una vendita negata dal venditore, il giuramento per lui prestato non può vestire il carattere di falso giuramento se non si produce in appoggio di tale accusa, una prova o cominciamento di prova scritta.

CAPITOLO XX.

DELLA DENUNZIA CALUNNIOSA

Le disposizioni del Codice Penale relative alla calunnia sono state abrogate e supplite dalla legge del 17 maggio 1817 — Questa legislazione speciale è estranea al Codice Penale — L'articolo 773 di questo Codice relativo alla denuncia calunniosa, fu mantenuto in vigore — Carattere generale della denuncia — Sotto quali rapporti differa dalla diffamazione e dalla falsa testimonianza — La prima condizione del reato si è che siavi stata una denuncia regolare — La denuncia debb'esser spontanea e fatta in iscritto — È forse necessario che sia rivestita delle forme prescritte dal Codice d'istruzione criminale — La denuncia può essere apposta a reato ancorchè non sottoscritta? — Sono forse necessarie le forme legali se il denunziante non sappia o non voglia scrivere? — Denuncia fatta sotto forma di querela da una parte civile — La seconda condizione del reato si è che la denuncia sia stata fatta agli ufficiali di giustizia o della polizia amministrativa o giudiziaria — Quali sono questi ufficiali? — Le denunce presentate ai Ministri possono andar soggette ad azione penale? — A quali ufficiali appartiene la qualificazione di ufficiali della polizia amministrativa? — La terza condizione del reato è che la denuncia sia calunniosa — Doppio elemento della calunnia — Falsità dei fatti imputati — Non è necessario che questi fatti costituiscano reato — In qual modo debb'esser provata la falsità dei fatti denunciati — Distinzione secondo che costituiscono un fatto giudiziario o amministrativo — Nel primo caso debbesi rinviare l'istruzione ai giudici competenti — Nel secondo, competenza del Trib. correctionale udito — Giurisprudenza contraria della Corte di Cassazione — Esame di questa giurisprudenza — Secondo elemento della calunnia. — Mala fede del denunciante — Questa mala fede è presunta quando il fatto imputato trovasi falso — Questa presunzione però svanisce se il denunciante ebbe legittimi motivi d'ingannarsi — Quali sono questi motivi — Le denunce fatte ex officio possono in caso di mala fede andar soggette ad azione penale — Riepilogo — Commentario dell'articolo 773 del Codice Penale (art. 186 LL. P.)

L'articolo 26 delle leggi del 17 maggio 1819 ha abrogato gli articoli 367, 368, 369, 370, 371, 372, 374, 375, e 377 del Codice Penale; a questi articoli furono sostituite altre disposizioni. Al sistema del Codice Penale nella repressione dei delitti d'ingiuria e di calunnia è stato surrogato un sistema novello. Questi delitti sono ora del dominio di una legislazione speciale, sono governati da norme particolari; estranei al Codice penale sfuggono ora all'applicazione de' suoi principi gene-

rali; quindi non è debito nostro tenerne parola in quest'opera.

Soltanto tre articoli della Sezione che costituisce l'oggetto di questa disamina hanno sopravvissuto alla revisione di questa parte della legislazione Penale, e questi sono gli articoli 373, 376 e 378 (186, 366 e 371).

L'art. 376 (366 § 3 II. p.) si limita a dichiarare che le ingiurie o espressioni oltraggianti, le quali non contengono rimprovero di un vizio determinato e non sono profferite pubblica-

mente non danno luogo che a delle pene di polizia; questo articolo dunque non ha per scopo che di rinviare al n. 11 dell'articolo 471 (art. 462 n. 5) che punisce questa specie d'ingiuria, epperò non può esser scissa la disamina di questi due articoli (a).

Le nostre osservazioni dunque non debbono versare che su gli articoli 373 e 378 (186 e 371) dei quali uno prevede il delitto di denunzia calunniosa, l'altro di rivelazione dei segreti: questi due reati distinti formeranno la materia di questo capitolo e del seguente.

La denunzia di un atto riprovevole, presentata ad un magistrato, è in se stessa un fatto lecito, ed anche in certi casi prescritta dalla legge; l'art. 30 del Cod. d'istruz. crim. (26 e 27 II. p.) l'impone come un dovere ai cittadini che sono stati testimoni di certi reati. La denunzia non diventa criminosa, non veste il carattere di reato che quando sia fatta per servire, non gl'interessi della giustizia, ma l'odio e le passioni di chi la fa; quando invece di giovare alle indagini giudiziarie, appalesando un fatto vero e delittuoso, essa mira a sviarle imputando ad un altro un fatto non vero. « Se una denunzia calunniosa, dicea l'oratore del corpo legislativo, è fatta per iscritto agli ufficiali di polizia amministrativa e giudiziaria, questa denunzia, ancorchè privata, acquisterà un grado di gravità per la stessa sua clandestinità, pel carattere dei funzionari cui è diretta, per la possibilità di elevarla ad strumento di persecuzione, a penale procedimento contro l'innocenza; epperò molto a buon diritto, il progetto della legge assoggetta a pena speciale la denunzia, la quale, senza queste disposizioni, sfuggirebbe ai provvedimenti generali contro la calunnia. »

E per fermo, la denunzia calunniosa diversa dalla diffamazione, primamente in ciò che v'ha reato di diffamazione quando anche il fatto apposto sia vero mentre la denunzia suppone necessariamente la falsità del fatto imputato; in secondo luogo, in quanto che la diffamazione richiede la pubblicità dell'imputazione, mentre la denunzia lancia i suoi dardi nell'ombra e clandestinamente. Diversa del pari dalla falsa testimonianza in quanto che con questa si altera la verità innanzi

la giustizia e sotto la fede del giuramento, mentre la denunzia, comechè del pari mendace, ha per effetto di trarre in errore piuttosto le indagini della giustizia che i suoi giudici, nè sanziona il suo mendacio collo spergiuro.

La denunzia calunniosa è un delitto complesso i cui differenti caratteri debbono essere disaminati e provati con accuratezza.

Il primo suo elemento costitutivo si è che l'atto rivelatore sia una *denunzia*; uopo è dunque che ne abbia i caratteri e le forme.

Il carattere essenziale di ogni denunzia è la spontaneità; allorchè un individuo, rivelando un fatto risponde ad un interrogatorio, dà notizie che gli sono richieste, la sua dichiarazione non può costituire una denunzia; perciocchè altro è dichiarare i fatti di cui si ha notizia all'autorità che chiede questa dichiarazione, ed altro è provocare l'azione dell'amministrazione o della giustizia con segreto avviso di fatti che sono ignorati. Or, questa provocazione dell'azione pubblica, questa notizia di fatti ignorati, questa clandestina istigazione è quella che costituisce il carattere distintivo della denunzia; essa debb'essere ad un'ora l'espressione spontanea della volontà del denunziante, e la causa impellente l'azione criminosa o disciplinare il cui esercizio si è tentato di provocare. Questo principio è stato pienamente ritenuto dalla Corte di Cassazione la quale ha dichiarato, in massima generale: che per darsi calunniosa una denunzia sia necessario esser quella effetto della volontà libera e spontanea del suo autore (1) « ed in altra causa ha pronunziato l'annullamento di una Decisione di condanna per denunzia calunniosa, in questi termini: « Attesochè si è dichiarato nel processo verbale non essersi l'imputato presentato a deporre innanzi al Sindaco che a sua richiesta, il che esclude la spontaneità la quale è uno dei caratteri essenziali e necessari della denunzia (2) ».

Il Codice Penale non ha con sufficiente precisione determinata la forma della denunzia; l'articolo 373 (186) dice soltanto che

(a) Pel sistema repressivo della Leg. Pen. delle Due Sicilie in quanto alle ingiurie, ved. *Appendice* a questo capitolo.

(1) Decis. Cass. 29 Giugno 1838 (Gior. del diritto crim. 1839, p. 195).

(2) Decis. Cass. 3 dicembre 1819, Dalloz, 9, Sirey, 1, 98.

la denunzia debb'esser fatta in iscritto (a). Questo requisito è essenziale, perciocchè l'atto della denunzia, quando sia dichiarata calunniosa, costituisce il corpo del delitto, è dunque mestieri che questo atto possa esser presentato in giudizio. E, per fermo, come prendere ad oggetto di una procedura criminale una dichiarazione verbale, qualche fugevole parola che ha potuto esser mal compresa dall'ufficiale cui era diretta? Come elevare a reato un pensiero le cui espressioni non sieno fissate con tutta la debita precisione? Come distinguere, dietro sì vaghi indizi, se si abbia avuto o no la intenzione di fare una denunzia pregiudizievole, o se l'operato sia stato effetto d'imprudenza ed irreflessione? La denunzia scritta può essere apposta a reato, perciocchè, essa sola presenta un'opera meditata, essa sola offre il campo di valutare il grado di colpevolezza del suo autore, perchè infine, offrendo maggior garanzia di credibilità agli ufficiali cui è diretta, minaccia più grave pericolo alle persone che ne son prese di mira.

Ma è forse sufficiente che la denunzia sia compilata in iscritto? È forse anche necessario che lo sia nelle forme stabilite dall'art. 31 del Cod. d'istruz. crim. (30 e 31 II. p. p.)? Questo articolo è così concepito: « Le denunzie saranno scritte dai denunzianti o dai loro procuratori speciali, o dal procuratore del Rè se ne sia richiesto, saranno sempre in ciascun foglio cifrate dal procuratore del Rè e dai denunzianti o loro procuratori speciali. Se i denunzianti o loro procuratori speciali non sanno o non vogliono sottoscrivere se ne farà menzione. La procura rimarrà sempre alligata alla denunzia, ed il denunziante potrà, a proprie spese, prender copia della denuncia. » Quale è il motivo di queste precauzioni? evidentemente è quello di offrire alla giustizia ed allo stesso denunciante la garanzia che la denuncia contiene appunto i fatti che si sono voluti articolare, con questo scopo la legge richiede che la denunzia sia scritta dal denunziante o suo procuratore speciale o procuratore del Rè, e che se ne possa rilasciar copia a colui che la presenta. Or, se queste formalità sono utili per imprimere alla denunzia una specie di autenticità, non apportano però nessun nuo-

vo elemento nella moralità del reato: quando la denunzia è calunniosa, il delitto è lo stesso o che la denunzia sia fornita di queste formalità o che non lo sia. Se la denunzia debb'esser scritta ciò è nel fine d'avere un mezzo per addebitare tutta la responsabilità al suo autore. Quando costui sia noto, quando i termini della denunzia non sien controversi, nulla influisce al carattere e alla gravità del fatto che la denunzia abbia tali o tali altre formalità. Debbesi dunque dire che non a caso il legislatore si è limitato a richiedere, nell'articolo 373, che la denunzia debba esser fatta per iscritto, e che per nulla accennando all'articolo 31 del Codice d'istruzione criminale, abbia voluto sottrarre la denunzia criminosa alle formalità prescritte da questo articolo. Questa interpretazione acquista maggior certezza, se si considera che i denunzianti si sottrarrebbero facilmente alle pene delle loro calunnie omettendo a disegno l'adempimento delle formalità legali, e che perciò, i più pericolosi di tale genia, i calunniatori anonimi rimarrebbero impuniti. La Corte di Cassazione ha seguita questa opinione; le sue decisioni dichiarano: che l'art. 373 parla in modo generico e di ogni denunzia calunniosa che fosse fatta in iscritto agli ufficiali di giustizia, e di polizia amministrativa o giudiziaria; che nessuna formalità è stata stabilita perchè una denunzia scritta possa riputarsi fatta per iscritto; che sia sufficiente essersi, in qualsiasi modo, presentata o trasmessa in iscritto la denunzia all'ufficiale di polizia (1).

Se l'autore di una denunzia è responsabile del suo contenuto quando sia scritta, qualunque ne sia la forma, ne conseguiva che può essere elevata a reato quando anche questa forma sia quella di una semplice lettera. Ciò fu deciso dalla Corte di Cassazione con un arresto ove si è detto: che la lettera diretta dall'imputato al procurator generale, scritta e sottoscritta da lui è una vera denunzia contro coloro che vi sono nominati (2):

Ma se questa lettera non fosse sottoscritta,

(1) Decis. Cass. 10 Ottobre 1816; Dalloz, 9, 10; Sirey, 17, 1; 29 Giugno 1838 (Giorn. del diritto Crim. 1839, p. 185; 8 Dicembre 1837 (ibid.).

(2) Decis. Cass. 5 feb. 1830; Giorn. del diritto crim. 1830, p. 134.

(a) Condizione non richiesta dalle leggi delle Due Sic.

se la denunzia risultasse da semplici notamenti rimessi all'ufficiale di polizia, potrebbe mai dar luogo ad un procedimento criminale? La Corte di Cassazione non ha dubitato di rispondere affermativamente (1). Questa decisione non può esser adottata ove non sia ristretta in certi limiti. La sottoscrizione non è una condizione essenziale della denunzia. Una denunzia anonima allorché propala un fatto riprovevole, allorché lo appone ad un individuo determinato, ha tutti i caratteri della denunzia, anzi pare che supponga una malignità tanto più grave quanto che il suo autore si nasconde sotto più impenetrabile velo. Certamente, una denunzia sottoscritta può in generale cagionare maggiori danni a chi n'è preso di mira, pel solo motivo che presenta maggiori garanzie all'ufficiale cui è diretta. Ma il reato non risulta dal maggiore o minor danno recato, è sufficiente che questo danno possa aver luogo, che la denunzia sia scritta: la scrittura è necessaria per avervi prova certa dei termini della denunzia; la sottoscrizione non offre altro vantaggio che di farla presumere più sincera e rivelare il suo autore, può dunque supplirsi a questo con le investigazioni dell'autorità, perciò non può darsi circostanza essenziale dell'atto. È però da notarsi che la denunzia, ancorché anonima, debbe offrire la prova che il suo autore abbia inteso fare una denunzia, abbia inteso costituirsi a denunziante. Può talvolta trasmettere ad un ufficiale di giustizia un foglio informale, non sottoscritto, piuttosto come semplice notizia di voci pubbliche che di fatti certi, piuttosto come semplice indicazione per far delle indagini che come prove per aprirsi un procedimento. Una tale comunicazione, non avendo per oggetto di provocare immediatamente una procedura penale, non dovrebbe esser riguardata come denunzia; inoltre, se la sottoscrizione non è necessaria all'atto rivela però nel sottoscrittore la intenzione di dichiararsi denunziante, allorché dunque la denunzia non è sottoscritta fa mestieri che questa intenzione possa dedursi dai termini della denunzia, possa risultare dalla sua forma e dalla precisione delle notizie che vi sono indicate.

Se non è necessario che la denunzia sia rivestita di tutte le forme richieste dall'art. 31 del Cod. d'Istruzione crim. (30 e 31 p.p.) l'è solamente quando sia trasmessa in iscritto agli ufficiali della polizia amministrativa o giudiziaria; ma se il denunziante non sa o non vuole sottoscrivere, se richiede l'ufficiale pubblico a registrare in iscritto la denunzia che gli espone, costui debbe osservare le forme prescritte da quest'articolo, perciocché queste forme mirano ad accertare i termini stessi della dichiarazione. Questa distinzione non è sfuggita alla Corte di Cassazione la quale ha deciso: « che l'articolo 373, come apparisce dalle sue espressioni, non può applicarsi che alla denunzia presentata in iscritto; che in conseguenza per potersi pronunciare una condanna in forza di questo articolo è necessario che si abbia una denunzia scritta dal denunziante, o almeno compilata in sua presenza nella forma stabilita per supplire alla sua scrittura e sottoscrizione; che nella specie, l'imputato fu condannato come colpevole di denunzia calunniosa, qualificata denunzia per iscritto; che questa denunzia si trova registrata nel processo verbale compilato dal Sindaco, processo verbale non sottoscritto dall'imputato nè facente menzione di esser stato costui richiesto a sottoscrivere o di essergliene stata data lettura; che questo processo verbale non era stato nè anche compilato in sua presenza ma la sera del giorno in cui erasi presentato innanzi al Sindaco, che perciò il detto processo verbale non contiene alcuna delle necessarie formalità per potersi dire che presenta una denunzia fatta per iscritto dall'imputato (2). »

È mestieri però notare che la denunzia non sarebbe al coperto dell'azione criminale sol perché fosse stata fatta sotto forma di querela ed il denunziante si fosse in pari tempo costituito parte civile; ed invero, ogni querela contiene necessariamente una denunzia ed entrambi questi atti non ne costituiscono che un solo. È vero che la qualità di parte civile può far presumere la buona fede in colui che l'assume, non può però sottrarlo alle conseguenze della sua azione se si provi che egli ha agito in mala

(1) Decis. Cass. 10 Ottobre 1816; Dalloz, 6, 221.

(2) Decis. Cass. 3. Dicembre 1819. Dalloz, 27, 111.

fede e con la intenzione di nuocere. Anche qui il nostro avviso trova appoggio nella Corte di Cassazione; essa ha dichiarato: « che l'art. 373 (186) non si applica solamente alle dinunzie calunniose che potessero esser fatte per mezzo di lettere, o altri scritti sotto firma privata diretti a dei funzionarj pubblici, ma ad ogni specie di dinunzia e più specialmente a quelle che fossero fatte in giustizia, sia che il loro autore abbia assunta la qualità di querelante o parte civile, sia che abbia presa la semplice qualità di denunziantie; che ogni querela fatta in giustizia contiene necessariamente una dinunzia (1). »

La prima condizione del reato si è dunque che siavi stata una dinunzia valida; la seconda che questa dinunzia sia fatta agli *ufficiali di giustizia o di polizia amministrativa o giudiziaria*.

La presentazione della dinunzia agli ufficiali di giustizia è quella che provoca le investigazioni della giustizia e dell'amministrazione, astringe i suoi agenti a dar moto alla procedura, essa consuma materialmente il reato. Epperò la Corte di Cassazione ha dichiarato: « che la condizione sostanziale e necessaria per imprimere alla dinunzia i caratteri legali si è, che sia fatta agli ufficiali di giustizia o di polizia amministrativa o giudiziaria. »

Ma quali sono questi ufficiali? Dalla discussione fatta nel Consiglio di Stato risulta che la intenzione dei membri di questo consiglio era di non comprendere i Ministri nei termini dell'art. 373 (186). Si adottava un ammenagemento che tendeva a sopprimere nel progetto queste parole: *o al governo*.

Nondimeno noi non possiamo adottare le osservazioni dei membri del Consiglio di Stato, che ci sembrano dilungarsi dal testo ed anche dallo spirito del Codice Penale. È mestieri purire il denunziante ogni qualvolta egli non sia stato mosso che da un interesse privato, e dalla sola mira di nuocere al funzionario dinunziato. O che la dinunzia sia causa della destituzione del funzionario, il che riesce più duro di una pena correzionale, o che provochi una procedura giudiziaria il danno che cagiona debb'esser riparato. Così la Corte di Cassazione a buon diritto ha deciso

che una dinunzia diretta ai Ministri di giustizia (2), della guerra (3) o dell'interno (4), può costituir la base di un procedimento correzionale.

I Ministri, agenti principali e diretti del potere esecutivo, hanno sempre il diritto di comandare delle procedure. Gli ufficiali di giustizia e di polizia amministrativa sono sotto la loro direzione e il loro impulso; una dinunzia può forse avere risultamento più certo, precisamente perchè fu loro presentata direttamente, lungi dalle passioni locali. Essi debbono star guardinghi a non divulgare con avventatezza la dinunzia, a ben valutare l'interesse pubblico, cui talvolta è più utile il silenzio che la punizione del colpevole dinunziante.

Ciò premesso, facilmente si spiegano le espressioni di *ufficiali di giustizia o di polizia amministrativa o giudiziaria*. Non può elevarsi alcuna seria difficoltà relativamente agli *ufficiali di giustizia*; tali parole si applicano a tutti i membri dell'ordine giudiziario ed agli *ufficiali di polizia giudiziaria* enumerati dall'art. 9 del Cod. d'Istruz. crim. (art. 12 e 13 p.p.). Nondimeno si è elevata la questione: se debbono essere noverati in quest'ultima classe i prefetti. Un tribunale correzionale avea dichiarato non esservi luogo a procedimento penale contro un imputato di denuncia calunniosa: attesochè la dinunzia non era stata diretta al prefetto che nella sua qualità di semplice amministratore e non di ufficiale di polizia. Questa sentenza fu messa nel nulla dalla Corte di Cassazione: « Attesochè relativamente alle dinunzie dirette ai prefetti, la qualità di ufficiale di polizia amministrativa, conferita a questi funzionarj dell'articolo 10 del Codice d'Istruzione criminale, non può esser disgiunta da quella di amministratore; che in effetti, la legge accorda loro il diritto di esercitare personalmente le funzioni di ufficiale di polizia amministrativa, o richiedere l'opera degli ufficiali di polizia giudiziaria per tutti i misfatti, delitti e controvenzioni che in qualsiasi modo fossero giunti a loro notizia; che l'articolo 373 (186) ha per oggetto di reprimere le dinunzie calunniose che possono provocare delle procedure giudiziarie,

(1) Decis. Cass. 12 novembre 1813; Dalloz, 9, 12.
(2) Decis. Cass. 12 maggio 1867; Sirey, 17, 282.

(3) Decis. Cass. 7 ottobre 1833; (Giorn. del diritto crim. 1833, p. 338.)

(4) Decis. Cass. 25 ottobre 1816; Dalloz, 9, 14; Sirey, 17, 19; (Bul. n. 77).

e mettere così in pericolo, senza alcun motivo legittimo, la quiete e la sicurezza delle famiglie; che perciò la distinzione fatta dal Tribunale di prima istanza è contraria sì allo spirito che alla lettera del citato articolo 373 (186) (1). »

La qualificazione di *ufficiale di polizia amministrativa* appartiene forse, come sembra risultare da questa Decisione, ai soli funzionari che esercitano questa polizia, o debbesi estendere a quelli che in ogni amministrazione ed in ogni sua branca sono rivestiti di un' autorità disciplinare, d' una specie di polizia su i loro subordinati? La corte di Cassazione ha decisa tale questione in questo ultimo senso dichiarando: che il direttore delle contribuzioni indirette è ufficiale di polizia amministrativa a riguardo dei preposti della sua amministrazione, nel senso dell' articolo 373 (186); questa decisione è poggiata sull' articolo 4 del Decreto del governo del 3 Germile anno XII, il quale conferisce al Direttore generale la direzione e la sorveglianza di tutti gli agenti e preposti di tale amministrazione; da ciò risulta che quegli è necessariamente ufficiale di polizia amministrativa, rispetto questi agenti e preposti (2). » A noi pare che questa interpretazione sia consona allo spirito dell' articolo 373 (186) il quale volle colpire tutte le dinunzie che possono cagionare qualche danno alla persona che n' è oggetto, e non ha determinato con precisione la qualità di *ufficiale di polizia amministrativa*. La dinunzia dunque veste un carattere criminoso allorché sia diretta ad un funzionario dell' amministrazione, rivestito di potere disciplinare su la persona dinunziata, e che può in forza di questa dinunzia adottare delle misure repressive, come ad esempio, sospendere, destituire. La stessa sentenza debbe applicarsi ai funzionari delle diverse amministrazioni pubbliche che sono rivestiti di simili poteri quando la dinunzia riguarda i loro subordinati.

Sin qui abbiamo fissati i due caratteri materiali del reato: cioè, la esistenza di una dinunzia in forma regolare, la trasmissione di questa dinunzia agli ufficiali di giustizia o

di polizia amministrativa o giudiziaria. Dobbiamo ora svolgere gli elementi della sua moralità: uopo è che la dinunzia sia dichiarata *calunniosa*.

Perché una dinunzia sia riputata calunniosa debbe riunire due essenziali condizioni: la falsità dei fatti dinunziati e la mala fede del dinunziante. E per fermo, se i fatti imputati sono veri, svanisce la base del delitto, non vi ha più calunnia; se, quantunque riconosciuti falsi sono stati presentati in buona fede e nel convincimento di esser veri, svanisce la colpevolezza dell' agente.

Questi principi elementari sono stati svariate volte consacrati dalla giurisprudenza. La Corte di Cassazione in un arresto dichiarava che l' articolo 373 (186) suppone che i fatti dinunziati sieno dichiarati falsi o non provati (3); in altro *arresto* « che soltanto la mala fede e la intenzione criminosa possono imprimere alla dinunzia il carattere di calunnia; da ultimo in un terzo arresto: che il delitto di dinunzia calunniosa si compone di due elementi distinti, cioè, della falsità dei fatti apposti e della mala fede di colui che gli ha dinunziati (4). »

Questi due elementi della calunnia richiegono qualche sviluppo.

Intorno al primo, che consiste nella falsità dei fatti imputati, è mestieri primamente distinguere i fatti la cui dinunzia può costituire il delitto, e stabilir di poi con qual procedimento ed innanzi quale autorità può essere provata la falsità di questi fatti.

La legge non richiede che i fatti dinunziati possano costituire, ove sieno provati, un misfatto o delitto. L' articolo 367, di

(3) Decis. Cass. 25 ottobre 1816 (Bullettino N. 77). Non vi è denunzia calunniosa a carico di quel proprietario che, sospettando avergli un suo domestico salariato commesso un furto, si limita a dar parte al procuratore del Re ed al commissario di polizia de' suoi sospetti, riconosciuti dopo mal fondati ed inverosimili, se questi sospetti non sieno stati manifestati con animo maligno ed intenzione di nuocere; imperantio, i tribunali correzionali sono incompetenti a giudicare dell' azione di risarcimento, intentata per tale carico. Bruss. 18 giugno 1838; giorn. di Bruss. 1840, p. 508.

(4) Decis. Cass. 28 Novemb. 1827; Sirey, 28, 136. « Una denunzia calunniosa per esser punibile debb' esser l'opera della mala fede e fatta con spirito di malignità ed intenzione di nuocere. Brusselles, 13 Novembre 1822; 1° giugno 1833 e 15 maggio 1840; Dalloz, 9, p. 6. »

(1) Decis. Cass. 31 agosto 1815. Dalloz, 9, 14. Sirey, 15, 369.

(2) Decis. Cass. 23 luglio 1833, Giorn. del Diritto crim. 1835, p. 315.

presente abrogato, ma che definiva il delitto di calunnia, per aversi questo reato richiedeva che i fatti imputati potessero esporre quelli cui erano apposti o a procedura giudiziaria o all'odio e allo spregio dei concittadini. La stessa norma debbe applicarsi al delitto di dinunzia calunniosa, ma con quelle modificazioni che richiede la natura speciale di questo delitto, il quale si commette non a viso aperto ma sotto il velo del segreto. Epperò, se l'applicazione dell'art. 373 (186) non è limitata al caso che i fatti dinunziati sieno preveduti dalle leggi penali, non sarebbe nè anche sufficiente che questi fatti fossero di natura da attirare l'odio e il disprezzo sopra colui al quale sono imputati; perciocchè, queste imputazioni essendo segrete, e non potendo dar luogo ad alcuna misura repressiva o disciplinare, non vi sarebbe alcun danno. Perchè la dinunzia possa essere elevata a delitto debb'essere atta a nuocere; se dunque è rivolta contro un cittadino debbe avere per effetto possibile di provocare contro di lui delle procedure giudiziarie, e se ferisce un agente o preposto qualunque di un'amministrazione pubblica, debbe esser tale da poter provocare contro di costui o delle procedure giudiziarie, o la sospensione, o la destituzione. In conseguenza, i soli fatti che possono menare a tali risultamenti sono quelli la cui dinunzia può andar soggetta a pena (1). » (a)

Questa interpretazione risponde al testo dell'articolo 373 (186) il quale evidentemente suppone che siesi fatta innanzi gli ufficiali di polizia amministrativa o giudiziaria una dinunzia di fatti degni, per loro natura, d'una punizione giudiziaria o amministrativa. In suo appoggio concorrono anche queste parole dell'oratore del corpo legislativo: se la denunzia calunniosa è fatta in iscritto agli ufficiali di giustizia, o agli ufficiali di polizia amministrativa o giudiziaria, questa dinunzia, quantunque privata, acquista un carattere di gravità per la sua clandestinità pel carattere dei funzionari cui è diretta, per

(1) Può aversi dinunzia calunniosa, nel senso dell'articolo 373 Cod. Pen. quando anche nessun fatto preciso sia imputato alla persona dinunziata. Brss. Cass. 26 Nov. 1821. Giorn. di Brss. 1822, l. 72.

(a) Nelle leggi penali delle Due Sicilie perchè la dinunzia, sia criminosa si richiede, giusta l'articolo 186, che il fatto dinunziato sia reato.

la possibilità di farne un istrumento di persecuzione, o di procedura criminale contro l'innocenza. « La Corte di Cassazione ha del pari confermata questa regola dichiarando: che l'art. 373 (186) non ha mica limitata l'applicazione delle pene che egli pronunzia al solo caso in cui i fatti denunziati sieno preveduti e puniti da una legge penale, che in punire non solamente le denunce fatte agli ufficiali di polizia giudiziaria, ma anche quelle fatte agli ufficiali di polizia amministrativa, l'articolo ha a sufficienza mostrato che la sua intenzione era di colpire le denunce calunniose che esponessero il dinunziato ad una repressione amministrativa; che ravvicinando gli articoli 367, 373 e 374 si rileva che lo scopo del legislatore è stato quello di punire le imputazioni dei fatti capaci ad esporre quelli, cui sono imputati, a delle procedure criminali o correzionali, o al disprezzo ed all'odio dei cittadini, quando le imputazioni fossero rendute pubbliche, o fossero calunniosamente comunicate per via di denunce all'autorità giudiziaria o all'autorità amministrativa (2). »

Dobbiamo ora farci a disaminare come debba esser provata la falsità dei fatti denunziati.

È mestieri distinguere se il fatto dinunziato costituisce un reato che possa dar luogo a procedimento giudiziario, o se costituisce un atto puramente amministrativo.

Nel primo caso il corso del procedimento è assai semplice. La verità o falsità dei fatti dinunziati costituisce una questione pregiudiziale, che necessariamente debb'essere decisa perchè si possa valutare il carattere morale della dinunzia. Or, innanzi quali giudici debbe essere portata tale questione? Forse innanzi il tribunale correzionale ove pendono le procedure contro la denunzia calunniosa? Certamente no, poichè trattasi di procedere ad una informazione giudiziaria intorno al delitto o misfatto dinunziato, e questa informazione non può farsi all'udienza del tribunale; la legge ha stabilito le forme per tutte le istruzioni criminali e queste forme debbono esser seguite. Debbesi dunque sospendere il giudizio sul carattere morale della dinunzia sino a che non siesi compiuta una istruzione regolare su i fatti dinun-

(2) Decis. Cass. 3 luglio 1829; Sirey, 29, 29. Giorn. del diritto crim. 1829, p. 245.

ziati. Tale è anche la regola consacrata dalla giurisprudenza (1).

Ma la questione pregiudiziale trovasi esantrita quando la camera del consiglio o la camera di accusa abbian dichiarato che non vi sia luogo a procedimento penale, la falsità del fatto denunziato debbesi allora tenere come provato, e perciò puossi procedere al giudizio sulla dinunzia.

Egli è vero che le ordinanze e le decisioni della Camera del Consiglio non sono definitive, perciocchè possono esser rinnovate le procedure ove sopraggiungano nuove prove. « Ma, come osserva il signor Mangin (2), impedire l'azione contro la denuncia calunniosa sotto pretesto che potrebbero sopravvenire nuove prove, sarebbe un volere che il delitto di calunnia rimanesse impunito, e ciò perchè le imputazioni erano talmente sformite di prove, o la loro falsità talmente chiara, che non vi potè esser luogo a rinviar l'imputato innanzi i tribunali; in tal modo, il denunziante si troverebbe al coperto d'ogni pena appunto per la mala fede apparente nella sua denuncia. » Dunque non v'ha dubbio che il procedimento penale contro la dinunzia possa essere intentato tostochè la Camera del Consiglio e la Camera di accusa hanno deciso che non vi sia luogo a deliberare sulla denuncia o querela, salvo al tribunale il diritto di sospendere il giudizio in caso che l'imputato di falsa denuncia deduca nuove prove sopravvenute dopo l'ordinanza della camera del consiglio, o il Ministero pubblico creda rianimare le procedure contro i fatti dinunziati (3).

La questione diventa più grave in caso che il fatto dinunziato costituisca un atto amministrativo. Ed invero, trattasi di sapere se il tribunale correzionale, adito per la dinunzia calunniosa, possa decidere da sè la questione pregiudiziale intorno la verità o falsità dei fatti denunziati, se abbia mezzi da dare questo giudizio, se sia competente a procedere. La Corte di Cassazione gli contende

questo diritto; essa con svariate decisioni ha dichiarato: che la verità o falsità dei fatti non può esser valutata e dichiarata che dall'autorità nelle cui attribuzioni rientra la conoscenza di questi fatti; che essa sola ha in mano i documenti propri a riuscire in questa verificaione; che in molti casi l'autorità giudiziaria non potrebbe procedere a simili indagini senza uscire dai limiti delle sue attribuzioni. « E per meglio circoscrivere il potere giudiziario la stessa Corte aggiunge: che il secondo ed indispensabile elemento del delitto di denuncia calunniosa, cioè, la mala fede del denunziante non può esser valutata e dichiarata che dai tribunali, che su questo punto debbono versare le istruzioni e le prove; che se la verità o falsità dei fatti debbe esser discussa innanzi ad essi, quando già siasi giudicato dall'autorità competente, se debbono anche soprasedere dal giudizio fino a che non si abbia quella decisione; hanno per contrario, relativamente al giudizio sulla intenzione del denunziante, la stessa latitudine di criterio morale che loro è concessa per la valutazione ed il giudizio di ogni altro reato (4). »

Questo sistema è molto semplice: la Corte di Cassazione distingue, quasi matematicamente, i due elementi del reato; delega all'amministrazione la quistion di sapere se i fatti imputati a uno dei suoi agenti sien veri o falsi, lascia poi ai giudici il valutare la intenzione del calunniatore. Così, l'amministrazione si trova rivestita del diritto di accertare definitivamente un fatto costitutivo di un delitto e la sua decisione diventa uno degli elementi della condanna; essa è legge pei tribunali, costituisce cosa giudicata intorno al fatto, è tenuta come decisione giudiziaria. Ma può mai la scienza ammettere questa eccezione alle regole generali della competenza?

Primamente debbesi osservare che nessuna disposizione di legge, nessuna parola dell'articolo 373 ammette o giustifica tale interpretazione. L'articolo 373 suppone che sia stata presentata agli *ufficiali di giustizia o di polizia amministrativa* una dinunzia di fatti che per loro natura vanno soggetti alla repressione giudiziaria o amministrativa; sup-

(1) Cass. 2 maggio 1834, e 7 febb. 1835 (Giorn. del diritto criminale 1835, p. 119 e 136) — Liegi Cass. 30 luglio 1832. Giorn. del 19° secolo, 1832 p. 283.

(2) Tratt. dell'azion pubb. N. 330:

(3) Decis. Cass. 11 marzo 1819, 2 agosto 1819 e 12 aprile 1823, riportato dal Mangin, *Tratt. dell'azion pubb.* N. 330.

(4) Decis. Cass. 22 dic. 1827; Sirey, 28, 156 (Bull. p. 957); 25 ott. 1816 (Bull. p. 186); 21 e 27 sett. 1817 (Bull. p. 217 e 223); 26 mag. 1832. Giorn. del dirit. crim. 1832, p. 334.

pone del pari che questi fatti saranno dichiarati falsi o non provati; tace però intorno l'autorità competente a dichiarare questa falsità: or, non pare forse risultar da questo silenzio che debbasi far ricorso alle regole del diritto comune? Se si avesse voluto dar vita ad una eccezione non sarebbe stata forse espressa? Or, la regola comune si è che il giudice adito per una imputazione è competente a valutare tutti i fatti, a giudicare di tutti gli elementi del reato; se fosse altrimenti, non solo il corso della giustizia sarebbe attraversato dai perpetui conflitti di giurisdizione, ma la decisione sul reato invece di essere risultamento dei dibattimenti sarebbe un concetto formato da tali giudizi parziali ed estranei. Il tribunale correzionale è dunque competente a statuire sulla esistenza o non esistenza dei fatti imputati, e su i caratteri che possono presentare.

Doveva forse la legge derogare a questa regola in riguardo alla dinunzia calunniosa? Ma in primo luogo, delegare ad un potere diverso dai giudici istituiti dalla legge il diritto di estimare e giudicare uno degli elementi del reato, importa distrarre l'imputato, quanto alla valutazione di questi fatti, dai suoi giudici naturali, privarlo di una delle più preziose garanzie. E per fermo, l'imputato ha interesse ad esigere che sia pubblicamente ventilato il fatto materiale della falsità della imputazione, che siavi la nazione orale dei testimoni, da ultimo che sia la sua causa rischiarata dal lumi che spiccano dall'attrito di un dibattimento. Una istruzione in linea amministrativa, qualunque sia la imparzialità che l'accompagna, non presenta mica gli stessi elementi di certezza, perchè le indagini sono prese segretamente e senza contraddizione. Essa è sufficiente per motivare dei provvedimenti amministrativi, ma non per diventare la base di una condanna correzionale; può essere ammessa come elemento di una prova giudiziaria, ma non può da se sola costituire questa prova, perciocchè la difesa non avendo il diritto di oppugnarla sarebbe monca.

Inoltre, difficile cosa si è concepire come possa dividersi far due diverse autorità il giudizio dello stesso reato, come si possa ad uno delegare la conoscenza del fatto materiale, ad un altro la estimazione della moralità di questo fatto. È mai possibile questa divisione? la moralità del fatto non è forse insita nel

fatto stesso, non risulta forse dalle sue più minute circostanze, dalle sue gradazioni? Si dichiara che la imputazione non sia fondata ma non si dice se qualche circostanza abbia potuto illudere a farla credere ben fondata. Se, ad esempio, trattisi di falsità o concussione imputata ad un pubblico contabile, l'amministrazione dichiarerà che l'imputazione è falsa, che il contabile è irreprensibile, ma come si saprà se questo contabile abbia, senza intenzione di nuocere, commessa qualche irregolarità, la quale abbia potuto dar luogo ad una dinunzia in buona fede? La buona fede dipende dalle circostanze stesse del fatto principale, è connessa agli atti che vi si riferiscono, non puossi dunque scindere la valutazione di questi atti, purchè non si voglia distruggere la unità della istruzione e restringere la indipendenza dei giudici nella disamina delle prove.

Senza dubbio, come abbiamo dianzi notato, ogni querela per dinunzia calunniosa presenta la quistion pregiudiziale tendente a deciferare se i fatti denunziati sien veri o falsi; ma per massima generale il giudice criminale è competente a decidere tutte le quistioni pregiudiziali che si rannodano al fatto dell'accusa. « E certo, dicea Merlin, che nelle materie penali la competenza dei giudici criminali non è circoscritta da alcun limite, non è modificata da alcuna riserva, non è ristretta da alcuna eccezione; che avuta notizia di un misfatto o delitto i giudici criminali possono e debbono perquirere e giudicare su tutti gli elementi che lo costituiscono e formano la sua sostanza (1). » Questo principio non può patire eccezione se non nei casi nei quali queste quistioni sieno state espressamente sottratte alla giurisdizione adita e delegate ad un'altra. Tali sono le quistioni pregiudiziali relative allo stato e alla filiazione dei fanciulli, alla proprietà degli immobili e dritti reali onde possono esser gravati: tale è anche il caso in cui il fatto da verificarsi preliminarmente costituisca un misfatto o delitto; perciocchè la legge ha sottratta questa istruzione a delle norme di procedura e di competenza cui non potrebbe derogare il tribunale correzionale. Ma non v'ha nissuna eccezione di questa specie in rapporto alla verificaazione dei fatti im-

(1) *Report. ved. Digamia N. 9.*

putati ad un preposto qualunque; nessuna legge delega queste indagini all'amministrazione onde dipende il preposto; nessuna legge ha sottratto ai tribunali il diritto di estimare un fatto qualificato reato, per delegarlo all'amministrazione. Il principio generale, il principio del diritto comune è dunque in tutto il suo vigore; il tribunale di repressione è competente a giudicare tutte le quistioni che si rannodano al fatto della imputazione.

Ma si temono le difficoltà che si possono incontrare nell'applicazione di questo principio: «Quali mezzi, dice il signor Mangin, avrà il tribunale per valutare i fatti dinunziati e prender conoscenza delle prove? Donde si attingeranno le forze della sua competenza a statuire su degli atti amministrativi? (1)» Questa obbiezione sposta la quistione dal suo punto di veduta per risolverla arbitrariamente. Il tribunale non giudica di atti amministrativi, perciocchè non è chiamato a valutare tale o tale atto dell'amministrazione; la sua missione si limita a provare l'atto materiale imputato al preposto; egli non è chiamato nè ad estimare nè a riprovare questo atto, non a giudicarlo, ma soltanto a verificare se sia vero o falso. Se per procedere in via penale contro un agente dell'amministrazione si richiede l'autorizzazione, l'autorità amministrativa ha dritto di negare quest'autorizzazione, ma questo niego non è sufficiente a far risguardare la dinunzia come calunniosa. Il tribunale adito per la querela verifica il fatto come elemento del delitto; siccome dalla verità o falsità della imputazione dipende la esistenza della dinunzia calunniosa, il tribunale la verifica non per chiederne conto all'amministrazione o al suo agente, ma soltanto per disaminare se il dinunziatore avesse potuto attingere in questo atto, qualunque esso si fosse, una giustificazione, come scusa della sua dinunzia. Qui dunque non v'ha nè eccesso di potere, nè usurpazione delle attribuzioni amministrative; la stessa amministrazione fornisce la prova di questa indagine, ma non può giudicare da sé, non può fare altro che tenere le veci di testimone, al potere giudiziario compete il diritto di valutare la sua testimonianza. Si vuol sapere ove trovasi il germe di questa competenza? Noi rispondiamo nella legge che

attribuisce alla giurisdizione correzionale il diritto di giudicare del reato di dinunzia calunniosa, perciocchè come potrebbe dare questo giudizio senza i mezzi di verificarne gli elementi?

L'obbiezione si presenta di qualche peso solo in riguardo ai mezzi di questa verifica: come mai il tribunale potrebbe *controllare* le indicazioni date dall'amministrazione? potrebbe mai esigere la comunicazione de' suoi documenti, la comparsa dei suoi preposti? Notate che questa specie di perquisizione sarebbe quasi sempre inutile, che le notizie ufficiali date dall'amministrazione sarebbero quasi sempre sufficienti a fornire alla giustizia gli schiarimenti necessari; ma ove ciò non fosse sarebbero realmente dei veri pericoli? Mentre la più parte degli atti amministrativi sono in piena pubblicità perchè far segreti quelli onde dipende l'onore e la libertà di un cittadino! La saggia discrezione dei tribunali non allontana forse per fino il timore di qualche pericolo? Essi non scorderanno mai quei principi che loro vietano di turbare gli agenti dell'amministrazione nell'esercizio delle loro funzioni.

Crediamo di non dilungarci oltre in questa discussione; perciocchè abbiamo già esposte le principali ragioni che possono essere opposte alla costante giurisprudenza della Corte di Cassazione. In iscorcio, trattasi di sapere se gli agenti dell'amministrazione, dinunziati come autori di un fatto punibile, possano farsi scudo di una decisione dei loro superiori, come di barriera insormontabile per muovere un'accusa di calunnia contro il dinunziatore; se il potere giudiziario debbe essere spogliato, mercé una esorbitante eccezione al dritto comune, della facoltà di verificare in questo caso i fatti elementari del reato; da ultimo, se in forza di un atto stragiudiziale, possa togliersi ad un imputato il dritto di provare la sua innocenza e possa esser giudicato da giudici diversi da quelli che la legge gli assegna. La sollecitudine che abbiamo avuta di stabilire la regola del Codice, non secondo la giurisprudenza delle Decisioni ma secondo il testo del Codice stesso, ci ha messo nel debito d'intrattenerci alquanto su tale quistione.

Ma confutando la giurisprudenza della Corte di Cassazione giova notare le restrizioni che vi ha fatte la stessa Corte. I tribunali debbono soprassedere dal giudizio della di-

(1) Tratt. dell' azion pubb. N. 288.

nunzia calunniosa fino a che l'amministrazione non abbia verificati se sieno falsi o veri i fatti denunziati, nel solo caso che questi fatti sieno commessi dai funzionari *nell'esercizio delle loro funzioni* e costituiscano dei fatti amministrativi. Fuori di questo caso si mantiene in vigore il diritto comune, la competenza dei tribunali. L'amministrazione è rivestita di una provvisoria attribuzione giudiziaria non per la qualità del funzionario denunziato ma per la natura dei fatti appostigli. Questa distinzione risulta da una decisione della Corte di Cassazione ove si dichiara: « che se, conformemente alle leggi relative alla separazione dei poteri amministrativo e giudiziario, i tribunali non possono valutare i fatti amministrativi su cui versa la denuncia, l'autorità amministrativa non può del pari stimare i fatti che toccano la vita privata dei suoi agenti; che perciò, questi fatti rientrano nella competenza ordinaria del potere giudiziario; che in conseguenza, nella causa in esame a buondiritto il Ministro delle Finanze ha deciso non essere delle sue attribuzioni giudicare delle verità o falsità dei fatti, perciocchè quei fatti erano estranei alle funzioni dell'imputato; che in conseguenza i tribunali avevano facoltà a procedere nel giudizio della denuncia calunniosa (1). »

Siamo finalmente giunti al secondo elemento della calunnia; questo elemento è la *intenzione di nuocere*.

Qui non trattasi soltanto della volontà di far del male all'individuo denunziato: questa volontà è legittima quando il denunziatore sia in sincera persuasione che quegli abbia delinquito. Trattasi della volontà di nuocere con la denuncia mentre si ha la coscienza che il fatto denunziato sia falso, della intenzione di aggravare sur un individuo, che si conosce innocente, un'accusa per fatto che si conosce falso: *quando quis sciens aut scire debens aliquem esse innocentem, proponit contra eum accusationem aut querelam* (2). Tutta la moralità della denuncia, tutto il delitto stà nella esistenza di questa intenzione di nuocere che ha spinto il denunziatore: *calumniatores appellati sunt*, dice la legge romana, *quia per fraudem et frustrationem a-*

lios vexarent litibus (3). Non è dunque sufficiente che l'accusa sia temeraria ed indiscreta ma è ancora mestieri che il denunziatore sappia che è mal fondata, *calumniare est falsa crimina intendere* (4); nè meno è sufficiente che non restino provati i fatti dedotti nella denuncia: *non utique qui non probat quod intendit protinus calumniari videtur* (5). È mestieri che il denunziatore sia stato spinto da uno spirito di odio e vendetta.

Gli antichi autori stabilivano come regola generale in questa materia che la mala fede del denunziante debba essere presunta quando il fatto denunziato si trovi falso: *accusator eo ipso quod non probat suam accusationem praesumitur calumniari* (6); ma questa presunzione, che non può tenersi se non come semplice indizio del delitto, va soggetta a molte restrizioni.

Ed in vero, il denunziatore trovasi giustificato ogni qual volta abbia *legittima causa* d'intentare la sua accusa. Questa causa esclude la mala fede, egli ha potuto cadere in errore ma il suo errore non è un delitto.

Questo principio era consacrato dalle Pandette. Il calunniatore era assoluto se provava che era stato spinto da un giusto errore: *si quidem iustum ejus errorem reperiret absolvi eum* (7). Il Codice di Giustiniano riproduceva questa eccezione di difesa in termini non meno espliciti: *non si reus absolutus est ex eo solo etiam accusator, qui potest iustum habuisse veniendi ad crimem rationem, calumniator credendus est* (8). Tutti gli autori hanno ammesso questo principio, tutti dicono che l'accusatore sia scusato quando abbia potuto credere ben fondata la sua querela: *eum habuit iustam litigandi causam* (9).

La nostra stessa legislazione non si è dilungata da questo principio. L'articolo 358 del Codice d'istruzione criminale contiene questa disposizione: « L'accusato assoluto può ottenere i danni-interessi contro i suoi denunzia-

(3) L. 133, Dig. de verb. signific.

(4) L. 1, § 1, Dig. ad Senat. Cons. Turpillien.

(5) L. 1, § 3, Dig. eod. tit.

(6) L. 1, § 3, Dig. ad Sen. Consul. Turpillia.

(7) Giulio Claro, Prat. crim. quaest. 62, N. 6.

(8) Leg. 3 eod. de calumniat.

(9) Covarruvias, Prat. quist. cap. 27, n. 3; Farnacio, quist. 16, n. 13; Giulio Claro, Prat. crim. quist. 62, n. 6.

(1) Decis. Cass. 7 dicembre 1833; Giorn. del Diritto crim. 1833, p. 339.

(2) Giulio Claro, Praxis crim. quaest. 62, N. 4.

tori *pel fatto di calunnia*. » Così, in primo luogo, l'accusato non può pretendere danni-interessi se non quando è dichiarato non colpevole e non già quando è assoluto, l'assoluzione suppone un giusto motivo di accusa. Così, quando anche non si tratti che di danni-interessi la legge non ha voluto dichiarar responsabile il denunziatore se non quando avesse calunniato, la sua denunzia comechè mal fondata e temeraria non l'espone ad alcuna responsabilità quando abbia avanzato le denunzie in buona fede o sia stato mosso da giusta causa. La Corte di Cassazione adottò questa dottrina dichiarando: « che se per una derogazione al diritto comune le Corti di Assisa sono in facoltà di pronunziare sulla domanda di danni-interessi avanzate per dinunzie giuridiche, non possono ai termini dell'articolo 373 Cod. Pen. pronunziar la condanna che allora quando la dinunzia giuridica sia stata calunniosa, fatta in mala fede e con disegno di nuocere (1). » Altra decisione della stessa Corte ripete: che sebbene le imputazioni addebitate ad un individuo in una dinunzia giudiziaria abbiano mosso contro di lui un procedimento criminale pure, acciò questo individuo dichiarato innocente possa pretendere danni-interessi contro il denunziante, è necessario che la dinunzia si possa attribuire a malvagità e criminoso disegno di nuocere, e che presenti i caratteri del delitto di calunnia; che una dinunzia può esser falsa senza esser calunniosa, perciocchè a malgrado della sua falsità può non presentare alcuno dei caratteri che costituiscono il delitto di calunnia; che può risultare esser la dinunzia poggiata in sufficienti indizj per dirsi che l'autore di essa abb. avuto giusti motivi di farla (2). »

Possono tenersi come legittime cause di errore tutti gl'indizj che han potuto parere sufficienti a render probabile il fatto denunziato. Farinacio cita in esempio il caso in cui la dinunzia poggia sul detto di un testimone che poscia si ritratti (3). Giulio Claro tiene del pari per giusta causa un grave motivo di dolore; così il figlio che chiede vendetta della morte di suo padre merita scusa se ma-

le indirizza la sua querela (4). Puoi anche applicare a questo caso speciale una massima di Cicerone, cioè che vale meglio giudicare un innocente ed assolverlo anzichè non tradurre in giudizio un delinquente: *Si innocens accusatus sit, absolvi potest; nocens nisi accusatus fuerit condemnari non potest. Utilius autem est absolvi innocentem quam nocentem causam non dicere* (5); questo principio però non dee servir di norma all'azione del Pubblico Ministero,

La dottrina per noi qui sviluppata può andar riassunta in questi termini: la mala fede è elemento essenziale del delitto; tutto ciò che tende a smentirla distrugge il reato. Ma qui si presenta una quistione.

La mala fede ha forse, in riguardo alle dinunzie fatte di ufficio, lo stesso effetto che nella dinunzia spontanea? In altri termini, il funzionario pubblico che nell'esercizio delle sue funzioni, ha in mala fede imputato un delitto ad un cittadino, è forse soggetto all'applicazione delle pene dell'art. 373 (186)?

Il dubbio nasce da che l'articolo 358 del Codice d'Istruzione criminale, dopo aver dichiarato che l'accusato assoluto può chiedere danni-interessi pel fatto di calunnia, soggiunge: Senza però che i membri dell'autorità costituita possano essere esposti a quest'azione per gli avvisi che sono in debito di dare intorno ai reati di cui credono aver avuto conoscenza nell'esercizio delle loro funzioni, e salva contro di essi l'azione di presa a parte se vi abbia luogo. « Se si vuol rimontare all'origine di questa disposizione si vedrà nei processi verbali del Consiglio di Stato, che la intenzione dei compilatori del Codice era, giusta la testimonianza lasciataci nelle parole del signor Treilhard, che l'articolo 358 fosse applicabile solamente ai privati i quali spontaneamente si presentassero come dinunzianti, ma che non potesse mica riguardare i funzionarj pubblici i quali sono dinunzianti per dovere di carica; da ultimo, che se le autorità pubbliche siensi fatte a dinunziare calunniosamente e con pravi disegni, il denunziato può intentar l'azione di presa a parte (6). »

(1) Decis. Cam. 80 dic. 1813. Dalloz, g. 23, Si. reg. 14, 159.

(2) Decis. Cass. 23 marzo 1821. Dalloz, g. 25, Si. reg. 21, 356.

(3) Farinacio, quist. 16, N. 49.

(4) Giulio Claro, quest. 62, N. 6; Farinacio, quist. 16, N. 156.

(5) Pro Roscio Amerino, N. 56.

(6) Processo verbale del Consiglio di Stato — Sessione del 7 vendem. anno XII.

Ma per quanto assolte sieno le parole di questo testo di legge e dell'oratore del Consiglio di Stato, pure non dirimono la proposta quistione. E per fermo, non trattasi di fare una eccezione, in prò dei funzionarj pubblici che agiscono nelle loro funzioni, alla disposizione dell'articolo 373 del Codice Penale; trattasi di dichiarare che, commesso da tali funzionarj il delitto preveduto da questo articolo, cessa d'esser un delitto: or, l'articolo 378 e la discussione animata intorno al suo testo non si applicano che alle riparazioni civili, cui l'imputato assoluto può dimandare; non puossi dunque poggiare su questa disposizione alcuna eccezione relativa all'applicazione della pena; essa non esclude mica l'azione penale contro il reato; in conseguenza, quando la dinunzia che emana da un ufficiale pubblico presenta tutti i caratteri di una dinunzia punibile, è come ogni dinunzia privata soggetta alle pene cominate dalla legge. Questa interpretazione trovasi adottata da due Decisioni della Corte di Cassazione (1); la seconda di queste decisioni dichiara formalmente: « che l'articolo 358 del Codice d'Istruzione criminale non si riferisce che alle riparazioni civili, cui l'imputato assoluto può reclamare contro i suoi dinunziatori; che se questo articolo dichiara non potersi ottenere danni-interessi contro i membri delle autorità co-

stituite, a cansa degli avvisi che sono obbligati di dare intorno i reati di cui abbiamo avuta conoscenza nell'esercizio delle loro funzioni, salva contro gli stessi l'azione di presa a parte se vi ha luogo, questa disposizione non esclude l'azione penale, e non toglie alla parte pubblica il diritto di agire in nome della Società, in caso che le dinunzie fatte dai membri delle autorità costituite sieno calunniose ai termini dell'articolo del Codice Penale; che l'espressioni di questo articolo sono generali e non ammettono eccezione; che le garanzie, cui il legislatore ha creduto di accordare ai magistrati, nell'interesse dello Stato, sono statuite negli articoli 479 e seguenti del Codice d'Istruzione criminale; che queste garanzie stanno nelle forme del giudizio contro i magistrati e non nella impunità degli abusi che essi possono fare delle loro funzioni.

Sviluppando i caratteri delle dinunzie calunniose abbiamo visto che questo reato va composto di tre elementi, cioè che vi sia una dinunzia fatta regolarmente, che questa dinunzia sia passata ad un ufficiale di giustizia o di polizia amministrativa, da ultimo, che sia una dinunzia calunniosa. Abbiamo dipoi esaminati gli elementi della calunnia, ed abbiamo stabilito per massima che una dinunzia non può dirsi calunniosa se non quando riunisce queste due condizioni, cioè. la falsità dei fatti imputati, la mala fede dei dinunzianti; in queste massime semplici e chiare si riassume una materia che ha elevate gravi difficoltà e dato campo a lunghe discussioni.

(1) Cass. 10 ottobre 1816 e 14 maggio 1817; Dalloz, 9, 10; Sirry, 17, 1. 1.

CAPITOLO XXI.

DELLA RIVELAZIONE DEI SEGRETI.

Caratteri generali di questo reato — Scopo del legislatore — Quali persona intese la legge noverare tra i depositarj di segreti — I medici e chirurgi — i preti — gli avvocati — i patrocinatori — i notari, debbono esser noverati in questa classe? Elementi del reato — Violazione di segreto — Intenzione di nuocere — Quali sono i caratteri di questa intenzione per ciò che concerne la violazione di un segreto? — Eccezione al dovere del segreto — In quali casi la legge obbliga i depositarj di un segreto a denunziarlo alla giustizia — Attentati alla sicurezza dello stato — Ferite e violenze — Queste eccezioni non sono più in vigore — Non deve forse cedere questo principio quando la rivelazione è richiesta dalla giustizia? — I depositarj possono, anche in questo caso, negarsi a deporre — Ma se fanno le chieste rivelazioni sono forse soggetti alle pene legali? — Le persone astrette al segreto possono forse esser sciolte da questa obbligazione dalla parte interessata? — Distinzione tra i fatti di cui si è avuta conoscenza nell'esercizio della professione, e quelli che giunsero a notizia per via estranea alla professione — La rivelazione di questi ultimi può in tutti i casi esser richiesta dalla giustizia — Commentario dell'articolo 378 Codice Penale (art. 371 ll. p.)

Il delitto preveduto dall'articolo 378 del Codice Penale (371 ll. p.) è un delitto nuovo nella nostra legislazione. Innanzi che fosse promulgato il Codice Penale, la legge e più di essa la giurisprudenza avevano accordato ad alcuni testimoni il diritto di negare la loro testimonianza alla giustizia, pel motivo che non avrebbero potuto deporre senza violare il segreto di cui erano depositarj. Nissuna pena però era statuita contro questi tali, allorchè con indiscretezza e malizia rivelavano i fatti loro confidati. L'articolo 378 (371) non ebbe in mira che di colmare questa lacuna.

Non debbonsi forse, dice la esposizione dei motivi, considerare come grave delitto le rivelazioni che soventi volte tendono a compromettere la stima delle persone il cui segreto si è tradito, a distruggere in esse quella fiducia che si è sperimentata piuttosto nociva che utile, a determinare coloro che si trovano nella stessa posizione a prescegliere d'esser vittime del proprio silenzio anzichè della indiscretezza altrui, da ultimo, a non vedere che dei traditori in coloro il cui

stato non dovrebbe offrire che degli esseri benevoli, dei veri consolatori? » L'oratore del corpo legislativo aggiungeva: « Questa disposizione è nuova nelle nostre leggi; sarebbe a desiderarsi che la scrupolosità la rendesse inutile; ma quante volte non si veggono individui, depositarj di segreti confidati al loro stato, sacrificare il loro dovere alla loro mordacità, farsi giuoco delle cose più serie; alimentare la malignità con indecenti rivelazioni, con scandalosi aneddoti, e così coprire di onta gl'individui e di desolazione le famiglie? »

Queste parole spiegano lo spirito dell'articolo 378 (371) così conceputo: « I medici, cerusici ed altri ufficiali di sanità, come anche i farmacisti, le levatrici e tutte le altre persone depositarie per ragion di stato o professione dei segreti che loro si affidano, quando, fuori dei casi in cui la legge gli obbliga a darne parte all'autorità pubblica, li rivelino, saranno puniti con una prigionia da uno a sei mesi, e con un'ammenda da 100 a 500 franchi. »

Questa imputazione non colpisce che una sola classe di persone, quelle che, pel loro stato o professione, sono depositarie dei segreti loro confidati. Ma quali sono queste persone? Ecco il primo oggetto della nostra disamina.

La legge designa nominatamente i *medici*, i *chirurgi*, gli *ufficiali di sanità*, i *farmacisti* e le *levatrici*, nessuna quistione può dunque elevarsi intorno a questi. Ma quali sono le altre persone che, per le loro funzioni e i loro doveri, debbono essere a costoro pareggiate?

In primo luogo debbono mettersi i preti. Sin dal 4° secolo un concilio avea stabilita questa massima: *Non liceat clericum ad testimonium devocari eum qui praeses fuit eorum* (1); questa massima era fondata sul segreto della confessione; il prete riceve la confessione non già come uomo ma come Ministro di Dio, quindi non deve alcun conto agli uomini: *De illis quae homini sunt commissa in secreto per confessionem nullo modo debet testimonium ferri, quia huiusmodi non sicut ut homo, sed tanquam Dei minister, et majus est vinculum sacramenti quolibet hominis praeceptum* (2). Tutti gli autori affermano che questa dottrina era stata consacrata dalla giurisprudenza dei parlamenti (3); i dottori la stabiliscono come canone di diritto: *Sacerdos, dice Farinacio, non potest nec debet revelare sibi imposita per confitentem in sacramentali confessione* (4).

Questo principio non ha potuto variare con la legislazione perciocchè deriva non dalla legge ma dalla religione; l'inviolabilità della religione è uno dei dogmi della fede cattolica, e questo culto è messo, dalla legge dei 18 Germile anno X e dalla Carta, sotto la protezione dello Stato. Epperò, la Corte di Cassazione, chiamata a disaminare tale quistione dichiarava: che la religione cattolica è messa sotto la protezione del governo; che per ciò debb'esser rispettato e mantenuto tutto ciò che riguarda l'esercizio di essa; che la confessione è uno dei riti essenziali di questa religione; che immediatamente cesse-

rebbe d'esser praticata la confessione ove cessasse d'esser garantita; che perciò i magistrati debbono rispettare e far rispettare il segreto della confessione, e che un prete non può essere astretto a deporre né essere interrogato su le rivelazioni che riceve in questo alto religio o (5). »

La stessa sentenza si estende all'avvocato. Come il prete egli, nell'esercizio delle sue funzioni, riceve le confessioni delle parti, quindi deve, al pari di quello, considerar queste confessioni, come deposito inviolabile. La fiducia che ispira la sua professione non sarebbe che un mezzo detestabile se potesse abusarne in danno de'suoi clienti. Il segreto è dunque la prima legge delle sue funzioni, se egli la viola è reo di prevaricamento. A questa massima si è fatto omaggio in tutti i tempi; la troviamo proclamata nel diritto Romano; *Mandatis cavetur ut praesides attendant ne patroni, in causa cui patrocinium praestiterunt, testimonium dicant* (6). Tutti i dottori si appoggiano in questa legge per ripulsare la testimonianza dell'avvocato; ma Farinacio ne adduce per motivo il presunto affetto dell'avvocato pel suo cliente: *advocatus, in causa in qua est advocatus, propter praesumptam affectionem, testimonium ferre non potest* (7). Ma non è questa la vera ragione: non è già che non si ammetta la testimonianza dell'avvocato ma soltanto egli non può essere astretto a deporre; la legge non sospetta di lui, essa non fa che rispettare e garantire un dovere della sua professione; se egli vuole può far testimonianza, ma non può esservi astretto. Imbert dice con maggior fondamento: Un avvocato o procuratore che disvelasse i segreti della parte sarebbe riputato prevaricatore (8). Jousse (9) Muyart de Vouglans (10) attestano che questa massima era seguita nell'antica giurisprudenza. Importanto Serpillon cita qualche decisione che avea astretto gli avvocati a far testimonianza (11). Un decisionista dice parimen-

(5) Decis. Cass. 3 nov. 1810. Merlin, Rep. Confessore; Legraverend, leg. crim. tom. 1, p. 250, N. 103.

(6) Leg. ult. Dig. de testibus.

(7) Quist. 60, N. 159.

(8) Pratica giud. lib. 1, cap. 6a. p. 441.

(9) Tom. 2, p. 102 e seg.

(10) Leg. crim. p. 784.

(11) Cod. Crim. p. 447.

(1) Ex Concil. Carthag. can. statutum, caus. 2. quæst. 6; Héricourt, leg. Ecol. p. 330 et in can. Sacerdos de poenit.

(2) S. Tommaso, quist. 70, art. 2, in cap.

(3) Jous. tom. 2, p. 98; Muyart, de Vouglans, p. 786.

(4) Quist. 51, N. 93.

ti. *adversus proprios clientes patroni ipsi ferre testimonium coacti sunt, ita sanciente saepe Senatus* (1). Ma questi tentativi del parlamento di Parigi provocavano una energica resistenza da parte degli avvocati, quindi non più venne in controversia il principio che esenta gli avvocati dal far testimonianza dei fatti appresi nell'esercizio delle loro funzioni (2). La nostra moderna giurisprudenza ha costantemente mantenuto questo principio: la Corte di Cassazione ha dichiarato, « che gli avvocati e i patrocinatori sono esentati dal far testimonianza nelle cause dei loro clienti, su i fatti giunti loro a notizia in detta qualità; che questa esenzione eccezionale è un provvedimento d'ordine pubblico, stabilito dalla giurisprudenza in favore del sacro diritto della difesa (che predomina tutti gli altri) (3). »

Questa decisione estende la esenzione di far testimonianza anche ai patrocinatori; ed in vero, è chiaro che gli stessi motivi militano in favore di questi ufficiali ministeriali. Essi pigliano parte alla difesa dei privati che sono in causa, hanno perciò gli stessi doveri e gli stessi diritti. Tutti gli autori, quanto a questa specie di privilegio, li hanno messi nello stesso livello (4).

Debbonsi forse, sotto questo rapporto, i Notari, agguagliare ai Patrocinatori ed Avvocati? Tutti gli antichi autori rispondono affermativamente: « Siccome essi sono depositari dei segreti delle famiglie, dice Farinaccio, così sono esentati dal far testimonianza nelle cause che toccano i fatti della loro professione, e rivelano i segreti delle parti (5). » Jousse (6). Muyart de Vouglans (7), Serpillon (8) nove-

no rivelare i fatti giunti a loro notizia per ragion della loro professione. Nondimeno, Serpillon e Denisard citano due decisioni del Parlamento di Parigi dei 19 Gennaio e 6 Feb. 1743 le quali hanno dichiarato che i notai sono obbligati a far testimonianza nelle cause criminali su quelle cose che passarono tra le parti contraenti negli atti da loro stipulati. Gli autori che hanno trattato di questa materia dopo la promulgazione del Codice hanno continuato a dichiarare i Notari astretti a mantenere i segreti delle parti (9), ed una Decisione della Corte di Montpellier ha ritenuto che un Notaro, il quale dichiara in udienza che i fatti su i quali è chiamato a far testimonianza gli sono stati rivelati nel segreto della sua carica, non possa essere astretto a deporre in giudizio (10). Ma la Corte di Cassazione andò in altra sentenza decidendo: « che i Notari non sono compresi nelle generiche espressioni dell'articolo 378 (371) ed ogni altra persona, perciocchè i loro doveri, e le pene cui possono incorrere per le controvenzioni commesse in questa qualità, sono determinate dall'articolo 23 della legge dei 25 ventoso anno XI, contenente la organizzazione del Notariato, legge speciale per tutto ciò che concerne i Notai; che secondo questo articolo il divieto loro imposto di lasciar copia o dar conoscenza degli atti a persone diverse dalle parti interessate, loro eredi o aventi causa è piuttosto una proibizione di far pubblicità dei loro atti, che precetto di mantenere un assoluto silenzio; perciocchè, secondo questo articolo, essi hanno il delitto di lasciar copia di tali atti anche ai terzi (11). » Noi inchiniamo a questa dottrina: i Notari non si trovano nella stessa posizione degli avvocati e dei patrocinatori; la loro professione non li chiama, come avviene a que li, ad esercitare il sacro diritto di difesa; essi non sono astretti, per ben condurre questa difesa, a ricevere delle confessioni, delle rivelazioni; essi non sono depositari dei segre-

(1) Delaville, Dis. di decisioni, Ved. Avvocato, N. 249.

(2) Mornac, nella leg. 14, Dig. de iurjurando: il Pres. Fabro, nel suo Codice, lib. 4, tit. 15, def. 19, p. 326, dice in termini formali: *Procurator aut advocatus in causa clientis sui, in qua vel procurator vel advocatus est, testis esse non potest, nec debet, nec proinde ad testimonium dicendum cogendus est.*

(3) Decis. Cass. 23 luglio 1830. Giorn. del diritto criminale, 1830, p. 300.

(4) Jous. tom. 2, p. 102; Serpillon, tom. 2, p. 447.

(5) V. Notajo, tom. 2, p. 239.

(6) Ist. crim. tom. 2, p. 104.

(7) Leg. crim. p. 784.

(8) Cod. crim. tom. 2, p. 448.

(9) Carnot, su l'articolo 378 Cod. Pco. note addiz. N. 5; Bourguignon, su l'art. 322 Codice Istruz. crim. t. 2, p. 52; Rauter, N. 503; debbesi però eccettuare Legraverend, tom. 2, p. 233, N. 105.

(10) Decis. Montpellier, 24 sett. 1827; Sirey, 28, 2, 127.

(11) Decis. Cass. 23 Luglio 1830; Sirey, 30, 296 — Bruss. 4 Gennaio 1827, Giorn. di Brus. 1838, 115.

ti delle parti, poichè la loro missione si limita a sentire le convenzioni delle parti, e registrarle fedelmente nei loro atti. L'articolo 23 della legge dei 25 ventoso anno XI ha definito tutte le loro obbligazioni, tutti i loro doveri disponendo: « che non potranno, senza una ordinanza del Presidente del Tribunale di prima istanza, rilasciar copia legale, nè dar conoscenza degli atti ad altre persone che alle parti interessate direttamente, loro eredi o aventi causa, sotto pena dei danni-interessi, di un'ammenda di 100 franchi, ed in caso di recidiva, di sospensione dalla carica per tre mesi. » Questa disposizione dunque limita il debito del segreto ai soli atti, e ciò nè anco in modo assoluto; or questa massima trovasi scritta in una legge speciale che fissa i doveri del Notaro, che definisce le loro attribuzioni e li assoggetta a severe discipline; avvi dunque ragione a credere che questa speciale disposizione non sia stata abrogata dalla legge generale; che l'articolo 378 Codice Penale (371 ll. p.) non abbia sostituito le sue pene alle pene disciplinari comminate dall'articolo 23 della legge dei 25 ventoso anno XI, che i notari non sieno mica compresi nella classe delle persone le quali, per la loro professione, sieno depositarie di segreti.

Oltre gli individui, nominativamente designati dall'articolo 378 (371), nella categoria delle altre persone che per ragion del loro stato o professione sieno depositarie di segreti loro confidati, possono essere noverati i preti, gli avvocati, i patrocinatori. Noi però non intendiamo designare queste per one che a modo di esempio, senza pretendere di limitare l'applicazione dell'articolo; ogni altra persona, cui la professione imponesse lo stesso dovere, in caso di violazione andrebbe soggetta alle stesse pene; la disposizione della legge è puramente dimostrativa, e noi non abbiamo inteso fare altro che indicare qualche caso di applicazione.

Il primo elemento del reato sta nella qualità del colpevole, cioè, nello stato o professione che lo astringe all'obbligo del segreto. Rispetto alle persone che non sono astrette dal loro stato o professione allo stesso dovere, la violazione dei segreti loro confidati, colpevole agli occhi della morale, non presenta nessuna imputabilità agli occhi della legge; il legislatore non volle punire che la violazione dei segreti necessarij.

Questa violazione costituisce in sè un reato morale. E per fermo, la legge richiede che il segreto sia stato palesato dalle persone cui fu confidato; or, in questa rivelazione supponesi necessariamente il concorso della volontà, perchè è mestieri che sia fatta dalla persona stessa. Il delitto morale sta nella violazione volontaria del segreto, deposito sacro confidato alla discrezione del depositario. Epperò, se la propalazione del segreto fosse effetto di un caso, di una circostanza fortuita, la riparazione del danno non potrebbe esser chiesta in linea penale; poichè la negligenza, l'imprudenza stessa non possono tener le veci della volontà; elemento essenziale di ogni reato. Ma quale debb'essere il carattere di questa volontà, debbonsi forse distinguere le rivelazioni semplicemente indiscrete da quelle fatte con animo di nuocere? Questa distinzione non è ammessa dal signor Hauser: « Il reato, dice questo autore, sta nella violazione del deposito delle confidenze fatte alle persone di cui è parola. Vi è dunque la intenzion criminosa nel solo fatto di aver il depositario violato questo deposito ed essersi così messo al di sopra della legge; non è dunque necessario che egli intenda nuocere alle persone di cui tradisce la fiducia, essendo sufficiente l'aver tradita la fiducia in lui messa (1) ». Questa opinione non è ammessa dalla Corte di Cassazione la quale ha dichiarato: che l'articolo 378 (371) è messo sotto il titolo delle calunnie, ingiurie e rivelazioni di segreti; che esso ha per scopo di punire le rivelazioni indiscrete ispirate dalla malignità e dalla intenzione di diffamare e di nuocere (2). « Solo questa interpretazione è consona alle regole generali del diritto penale. La volontà, considerata come elemento di un reato, debbe essenzialmente contenere la intenzione di nuocere, senza di essa non rimane altro che un fatto materiale, senza dubbio pregiudizievole, ma scevro di quella reità che sola la rende punibile. La rivelazione del segreto è una specie di diffamazione. Or, la intenzione di far ingiuria, di oltraggiare, di diffamare è necessaria per costituire il delitto di diffamazione, di oltraggio, d'ingiuria: *injuria ex effectu fa-*

(1) Tratt. del dirit. crim. tom. 3, p. 104.

(2) Decis. Cass. 23 luglio 1830, Giorn. del diritto crim. t. 2, p. 299.

scientie (1). Non può ammettersi, come vorrebbe il Rauter, che ci sia la intenzion criminosa sol perchè il depositario del segreto viola volontariamente questo deposito, perciocchè in diritto penale non si conosce questa necessaria presunzione di reità; ma siccome in fatto d'ingiuria, questa menzione è presunta allorchè le parole sieno in loro stesse ingiuriose, così il solo fatto di una volontaria indiscretezza deve far presumere la intenzione di nuocere, spetta all'imputato giustificarsi provando che non avea simile scopo. Così non v'ha ingiuria senza animo di voler ingiuriare; non v'ha reato di violazion di segreto senza intenzione di violare la fede dovuta al segreto confidato, di nuocere alla persona che l'ha confidato, non presunzione necessaria di reato nella indiscretezza del depositario. Questi principj non sono che quelli del diritto comune; l'articolo 378 (371) non ha sottratto alla loro applicazione il reato da esso preveduto.

Questo reato dunque non può aver vita che pel concorso di queste tre distinte circostanze: deposito di un segreto fatto a persona che pel suo stato e professione è in debito di custodirlo; propagazione di questo segreto fatta da tale persona, intenzione criminosa che delibe accompagnarla.

Fissati così i caratteri del reato è mestieri vedere in quali congiunture può esser commesso.

Primamente debbesi notare che l'articolo 378 (371) non appone a reato se non le rivelazioni delle persone obbligate, pel loro stato o la loro professione, alla legge del segreto, se non quando queste rivelazioni sieno fatte fuori i casi nei quali la legge impone l'obbligo della dimenza.

Questa eccezione fu tolta in presto dall'antica legislazione. Un'ordinanza di Luigi XI, del 22 dicembre 1477, le cui disposizioni furono quasi copiate dall'articolo 103 e seguenti (144) prescriveva: chiunque sappia o abbia conoscenza di qualche tradimento, macchinazione, cospirazione o attentato contro la nostra persona, i nostri successori o contro lo stato e la sicurezza di noi, dei nostri successori, o costituzione del nostro regno, sia riputato e tenuto reo di misfatto di lesa-maestà se non l'abbia rivelato. • Secondo questa assoluta disposizione, gli autori

insegnavano e i parlamenti decidevano che gli avvocati, i procuratori ed anche i confessori erano sciolti dall'obbligo del segreto ogni qualvolta le confidenze o le confessioni loro fatte contenessero la rivelazione di un misfatto di lesa-maestà di primo grado (2). I teologi intanto protestavano, contro questa eccezione, per ciò che riguardava la confessione, e Farinaccio, giureconsulto Romano, apertamente teneva per la loro dottrina: *Sacerdos non potest delicta commissa per confitentem revelare, etiam quod sint atrocissima, ac etiam quod continentur sub crimine laesae majestatis; imo nec etiam ad id cogi potest de mandato papae* (3).

Gli articoli 103 e seg. del Codice Penale sono stati abrogati dalla legge del 28 aprile 1832, (144 e seg. tuttora vigenti nelle lex pen.); coloro che hanno conoscenza di reati riguardanti la sicurezza dello Stato, non hanno più il delitto di dimenziarli; sicchè l'eccezione contenuta nella disposizione dell'articolo 378 non è più applicabile, e siccome essa non riferivasi che a questo solo caso, così la sua abrogazione è il complemento e la conseguenza dell'abrogazione degli articoli 103 e 109. Se per inavvertenza del legislatore è rimasta scritta nell'art. 378 è però diventata sterile e senza applicazione, perciocchè da bissima legge viene ai medici, preti ed avvocati il delitto di elevarsi a dimenziali. Se gli articoli 29 e 30 del Codice d'istruzione criminale impougono ai funzionarj e cittadini di dare avviso al Procurator Generale del Re dei reati che giungono a loro notizia, questa disposizione non si applica che ai funzionarj i quali hanno avuto questa notizia nell'esercizio delle loro funzioni, ed ai privati che sieno testimoni di tali misfatti.

Importanto, potrebbe presentarsi un altro caso di applicazione. Un editto di dicembre 1666, contenente regolamenti per la polizia di Parigi, disponeva: che i professori cerusici fossero obbligati a dichiarare al Commissario del quartiere le ferite che avessero medicate, acciò il detto Commissario avesse fatto il suo rapporto alla polizia. • Due Ordinanze di polizia degli 8 novembre 1780 e 4 novembre 1788 hanno ripetuta tale dispo-

(1) Serpillon, Cod. Crim. t. 1, p. 68; Brillou, *confessione*, N. 11; Jousse, t. 2, p. 99.

(3) Quist. 51, N. 99, 100 e 101.

(1) L. 3, Dig. de injur. et fam. libel.

sizione in questi termini. Ingiungiamo ai professori di chirurgia e a tutti gli altri che esercitano la chirurgia a Parigi di scrivere i nomi, professioni e domicili delle persone che fossero ferite sia di notte sia di giorno e condotte in loro casa per essere medicate o che fossero andati a medicare altrove, e di darne immediatamente avviso al Commissario del quartiere sotto pena di 300 lire d'ammenda; d'interdizione ed anche di pena corporale. Due Decreti di polizia del 4 Piovoso anno XII e 25 marzo 1816 hanno tentato di rinnovare queste disposizioni.

Egli è chiaro che questi provvedimenti non sono più applicabili. L'Editto di dicembre 1666, sola base legale di penalità in questa materia, era un regolamento speciale per la polizia di Parigi, e fuori di questa città e suoi subborghi non ebbe mai forza di legge; non può dunque invocarsi come legge a cui si fosse riportato l'articolo 378 (371). E poi, il costringere i medici e chirurghi a denunziare tutte le ferite che fossero chiamati a medicare, non importerebbe forse distruggere a loro riguardo tutta la forza di tali articoli? Non sta forse, appunto nel segreto di tali medele, il dovere della loro professione? L'Editto del 1666 ancorchè avesse il carattere d'una legge generale, ancorchè fosse sopravvissuto all'abrogazione successiva delle leggi di questa specie pronunciata dalla legislazione intermedia, si troverebbe al presente virtualmente abrogato dallo stesso articolo 378. Perciocchè, in senso opposto, non vi sarebbe una semplice eccezione a questo articolo, ma tratterebbesi quasi di tutti i casi in cui i medici sono chiamati, nell'esercizio della loro arte, a conoscere dei fatti che possono aver relazioni con dei delitti; tratterebbesi di privarli della indipendenza della loro nobile professione, di annientare uno dei loro più sacri doveri per trasformarli in forzosi denunziatori degli infermi cui avessero prestate le loro cure.

Noi dunque ci avvisiamo che l'eccezione formulata nell'articolo 378 (371), benchè scritta nella legge, si trova virtualmente abrogata e non ha più applicazione; il debito è generale per tutte le persone designate da questo articolo, e si estende a tutti gli atti del loro esercizio (a).

Ma questo principio non cede forse quando le rivelazioni sieno provocate dalla stessa giustizia? quando l'avvocato, il prete ed il medico sono citati come testimoni, e richiesti dal giudice a dichiarare tutta la verità?

Primamente debbesi ritenere che essi possono rifiutarsi a deporre. Questo rifiuto non sarebbe che l'adempimento di un dovere, nè la giustizia può astringerli a violarlo. Poggiandosi sulla legge stessa che gli obbliga al segreto essi, innanzi di prestar giuramento, debbono limitarsi a dichiarare che sono stati i medici, i consiglieri e i professori dell'imputato, e richiedere d'esser dispensati dal deporre. I giudici debbono arrestarsi a questo motivo d'inammissibilità se il fatto su cui poggia è vero: la legge non ha pene, non ha mezzi di coazione che possano in questi casi astringere il testimone a deporre. L'avvocato, il prete ed il medico non hanno in questo caso altra norma della loro condotta che la loro coscienza, e i doveri del loro stato.

Questo principio è ammesso da tutti gli antichi autori e dai moderni criminalisti (1); il solo Legerverend è di avviso contrario (2); « Tale assunto, dice questo autore, mi pare inammissibile. La società vieta di farsi degli atti delittuosi. Non può dunque esser lecito a chicchessia, avvocato, patrocinatore, notaro, di prestare il suo ministero a simili atti, non può essergli lecito di tacersi quando è interrogato dalla giustizia sopra atti di questa specie, e sopra atti leciti che tendono a nascondere dei fatti criminosi agli occhi della legge. Essi dunque debbono dichiarar tutto ciò che è a loro notizia; possono essere, con precise interrogazioni, messi nella necessità di rispondere categoricamente intorno i fatti che importa di rischiare, e se ricusano di dire la verità e tutta la verità, debbesi far uso contro di loro dei mezzi di diritto che la legge ha messi, per simili casi, nelle mani dei suoi ministri ». Queste obiezioni sono evidentemente mal fondate. Non trattasi mica di sapere se i medici, gli avvocati, i preti possono negarsi a deporre intorno ai fatti criminosi nei quali avessero presa una parte qualunque; perciocchè in questo caso in rispetto ai medici, cerusici, levatrici ed altri uffiziali di sanità.

(1) Jousse, t. 2, p. 98 e 104; Domat, leg. civ. p. 1, p. 154.

(2) Leg. crim. tom. 1, p. 281.

(a) Nelle leggi penali delle Due Sicilie questa opinione è espressamente contraddetta dall'art. 392

essi sarebbero resi complici di questi atti ed allora sarebbero chiamati in giustizia non come testimonj ma come imputati. La loro testimonianza non potrebbe esser richiesta poichè potrebbe portare a fatti che loro sarebbero di accusa (1).

Trattasi unicamente di sapere se gl' indizi che essi hanno raccolto nell' esercizio del loro ministero, prestando, ad esempio, delle cure ad un malfattore ferito in un atto di aggressione, ricevendo la sua confessione, preparando la sua difesa, debbano essere necessariamente manifestati alla giustizia. I depositarj di tali indizj sono estranei alla consumazione del reato, non hanno fatto che prestare ai colpevoli l' assistenza del loro ministero dopo che il reato era già stato consumato. Puossi forse astringere costoro a rivelare questi atti di assistenza, a tradir la fiducia in loro riposta, a distruggere le sicurezze dei legami che passano tra la loro professione ed i cittadini? La società non ha forse altro interesse che di scovrire a qualunque costo gl' indizj di reità? Non ha forse anche il non men sacro interesse di tener saldi i rapporti dei cittadini, di proteggere la loro fede giurata, di vegliare all' adempimento dei loro morali doveri? Qui sta tutta la quistione, avendola il signor Legreverend risolta in senso opposto ha mostrato di non averla compresa.

La giurisprudenza non ha presentato intorno a ciò contraddizione alcuna. La Corte di Cassazione ha successivamente deciso: che un prete non può essere astretto a deporre e nè anco interrogato sulle rivelazioni fattegli nel segreto della confessione (2). « Con altra decisione ha dichiarato: « che un avvocato, cui sien fatte delle rivelazioni a ragion delle sue funzioni, non potrebbe senza violare i doveri speciali del suo stato, e la fede dovuta ai suoi clienti, manifestare ciò che in tal modo gli è giunto a notizia (3). » E con una terza decisione: che spetta agli avvocati, quando sono chiamati da testimonj, consultare la loro coscienza per vedere ciò che debbono palesa-

re, ciò che debbono tacere. » Da ultimo « che un testimone il quale nella sua qualità di avvocato dell' imputato e sotto il suggello della fiducia dovuta al suo ministero avesse avuto conoscenza dei fatti intorno ai quali è chiamato a deporre può negarsi a render testimonianza su questi fatti (4) ». Certa cosa si è dunque che l' intervento della giustizia per nulla modifica i doveri degli individui cui sien stati confidati dei segreti a causa del loro stato o professione, e che essi perciò, quando sono chiamati da testimonj, debbono negarsi a rispondere alle interrogazioni loro dirette, limitandosi a dichiarare la causa che loro impone silenzio. Nulladimeno, se per avventura, in opposizione a questi principj della più sana morale, avvenisse che un testimone depositario di simili segreti fosse chiamato a deporre ed egli rispondesse alla interrogazione fattagli, potrebbe mai andar soggetto alle pene dell' art. 378 (371)?

Dai principj per noi stabiliti conseguita che queste pene non gli sarebbero applicabili? Ed in vero, il fatto materiale della rivelazione non basta a costituire il delitto, uopo è anche che questo fatto sia accompagnato dalla intenzione di nuocere. Or se il medico, l'avvocato, il prete non rendono testimonianza che per obbedire alla giustizia, se non fanno che rispondere alla interrogazioni loro fatte, non è agevole cosa valutare nelle loro dichiarazioni lo scopo criminoso che dà vita al reato. Questo scopo si appalesa nelle denunzie spontanee, nelle dichiarazioni non provocate da legittime interrogazioni; allora il depositario tradisce volontariamente e senza necessità il segreto confidatogli quindi chiaro si appalesa il suo disegno di nuocere; ma la interrogazione della giustizia sveste la sua risposta d'ogni reità; le sue rivelazioni son sempre, è vero, la violazione di un dovere, ma questa violazione è giustificata dagli ordini avuti dalla giustizia; egli ha potuto male estimare i privilegi del suo stato, ha potuto credersi obbligato dal principio consacrato dall' articolo 80 Codice d' Istruzione criminale, cioè, che ogni individuo citato per essere inteso da testimone è tenuto a presentarsi e rispondere alle interrogazioni che gli si fanno; è in un

(1) Una decisione della Corte di Bruxelles del 21 febb. 1833 ha giudicato che un testimone non può essere astretto a deporre intorno ai fatti nei quali è implicato personalmente e la cui confessione lo esporrebbe a procedure giudiziarie. Giorn. di Bruss. 1833, p. 183.

(2) Decis. Cass. 30 nov. 1810, Sirey, 11, 1. 30.

(3) Decis. Cass. 20 gen. 1816; Bullettino N. 15.

(4) Decis. Cass. 18 giugno 1834. Giorn. del diritto criminale tom. 7, p. 305, ved. anche Grenoble 23 agosto 1818; Sirey, 18, 2, 380; Rouen 7 agosto 1816, Sirey, 10, 2, 384.

errore, ma l'errore non può tener le veci della intenzion criminosa (1).

Nondimeno, non debbesi schiudere una via per eludere le disposizioni dell'articolo 378 (371). Potrebbe avvenire che il depositario di un segreto il quale volesse tradirlo impunemente, andasse suscitando dei sospetti sufficienti a mettere in moto l'azion pubblica, e si valesse della qualità di testimone, da se stesso provocata, per rivelare pubblicamente le confidenze ricevute. In questa ipotesi il delitto sarebbe manifesto. L'intervento della giustizia non sarebbe allora una causa di giustificazione, perchè questo intervento non modifica il dovere della segretezza del depositario, ma solamente eleva la presunzione che costui abbia deposto a riguardo di un interesse generale e non dell'odio suo; or questa presunzione può esser distrutta dai fatti che hanno accompagnato le rivelazioni, ed allora queste rivestono tutti gli elementi del reato.

Le persone astrette al segreto sono frae sciolte da quest'obbligo pel consentimento della parte interessata? Due decisioni delle Corti Reali di Greuoble e Montpellier hanno deciso: che il dovere del segreto continua anche quando colui che lo ha confidato chiegga che sia reso pubblico (2). A noi pare doversi qui applicare la stessa sentenza che alla testimonianza chiesta dalla giustizia. Il consentimento dato per la rivelazione del segreto dalla persona che aveale confidato, non può sciogliere il depositario dal dovere imposto alla sua professione; egli dunque può anzi deve astenersi dal rivelare i fatti confidatigli nell'esercizio delle sue funzioni. L'obligazione prescritta dall'articolo 378 è stata stabilita in un interesse generale, la sua violazione dunque non ferisce soltanto la persona che ha confidato il segreto, ma la intera società, perchè toglie a delle professioni essenziali per la società quella fiducia che debbe circondarle. Il delitto può dunque aver vita quando anche la parte interessata consenta che sia commesso. Debbesi però aggiungere che se questo consentimento non distrugge il debito del segreto, debbe però far presumere

che il depositario, così forzato a rivelare il confidatogli segreto, non abbia avuta intenzione di nuocere; perchè dunque l'azione di costui fosse punita sarebbe necessario che fosse specialmente provata questa intenzione.

Ci rimane ora a stabilire una distinzione importante in questa materia. Abbiamo fin qui discorsa la ipotesi che i fatti resi palesi fossero stati confidati a ragion dello stato e professione e nell'esercizio di questo stato o professione. Ma gli avvocati, i medici, i ministri del culto possono aver avuto notizia di tutto o parte di tale segreti per circostanze estranee al loro stato. In questo caso essi non sono mica tenuti al segreto, perciocchè non fu la loro qualità che ha ad essi procurate tali confidenze; essi dunque sono obbligati, come tutti gli altri cittadini, a far testimonianza di questi fatti in giustizia. Così, dice Jousse, se l'affare pel quale è citato il confessore è estraneo alla confessione nè è giunto per questo mezzo alla conoscenza di lui, nulla impedisce che possa far testimonianza anche contro il suo penitente (3). Debbesi però eccettuare il caso che la notizia del fatto siasi avuta non nella confessione ma sotto il suggello della segretezza dovuta a questo atto sacramentale. La Corte di cassazione ha dichiarato che il dovere del prete l'obbliga anche in questo caso al segreto: la sua decisione porta: che se nella specie la rivelazione fatta al prete non ebbe realmente luogo in un atto religioso e sacramentale di confessione, non fu però consigliata che dal segreto dovuto a questo atto; so to l'egida di questo atto e sotto la fede della sua inviolabilità il rivelatore ha voluto fare le sue rivelazioni; che da sua parte il prete ha creduto ricevere quella confessione sotto la fede del suo carattere, nè può questa fede essere ingannata dal perchè manchi quella forma, soltanto relativa all'effetto sacramentale della confessione. perciocchè questa mancanza non può distruggere le obbligazioni esterne e civili; che una contraria sentenza, distruggendo la fiducia dovuta alla confessione religiosa, sarebbe di essenzialmente nocuo alla pratica di questo atto della religione cattolica, che perciò sarebbe in opposizione alle leggi che ne proteggono l'esercizio e quindi ferirebbe la morale e l'interesse della società (4).

(1) Vedi in questo senso la citata decisione del 23 luglio 1830 e Reuter, tom. 2, v. 503.

(2) Decis. Montpel. 24 sett. 1827; Sirey, 287 2, 128 Greuoble, 23 agosto 1826; Sirey, 23, 231.

(3) Tom. 2, p. 100.

(4) Decis. Cass. 30 nov. 1810-

Lo stesso debbe dirsi degli avvocati e patrocinatori. Negli affari, dice Jousse, pei quali gli avvocati e procuratori non sono stati mica consultati, e che furono loro confidati sotto la legge della segretezza, e segnatamente negli affari penali, possono essere astretti a deporre, come tutti gli altri, contro i loro clienti ed altri accusati, quantunque sieno i loro ordinarij consiglieri (1). « Ed in vero, l'eccezione non debbe essere estesa al di là de' giusti limiti; essa poggia su i doveri della professione, debbe essere limitata ai fatti confidati a questa professione sotto il suggello del segreto che costituisce questo dovere. Così, gli avvalorati patrocinatori non sono esentati dal deporre quando abbiano avuto conoscenza di quei fatti innanzi che la parte interessata li abbia loro rivelati; o anche quando pare che a disegno siesi fatto ricorso al loro ministero per impedirli d'essere intesi come testimoni ed avere contro di essi un mezzo di ripulsa (2). La Corte di Cassazione ha consacrata questa distinzione dichiarando che l'avvocato, ch' amato come testimone innanzi la Corte di Assisa, può essere astretto a prestare il giuramento prescritto dalla legge, quantunque dichiari che nella sua qualità di avvocato non possa deporre, se la Corte di Assisa restringe la deposizione a farsi da questo testimone ai fatti che fossero venuti a sua notizia per tutt'altra via che per l'esercizio della professione (3). »

In altra specie, la stessa Corte ha dichiarato che una Corte di Assisa avea potuto rigettare l'eccezione proposta dall'avvocato, di-

chiarando: « che per massima generale l'avvocato avea diritto di negarsi a far testimonianza su i fatti confidatigli per la sua qualità, ma ammettendo la possibilità che il testimone fosse informato fuori le sue funzioni delle circostanze relative alla causa e riportandosi intorno a ciò alla di lui coscienza (4).

La stessa regola si applica ancora ai medici, chirurghi, farmacisti e levatrici, essi sono tenuti alla inviolabilità del segreto nel solo caso che abbian avuto notizia dei fatti soltanto per le cure che furon chiamati a prestare, o quando la natura della malattia richiegga il segreto.

In iscorcio, i medici, gli avvocati, i confessori ed altre persone obbligate dalla loro professione al segreto, debbono, come tutti gli altri cittadini, dichiarare alla giustizia tutti i fatti pervenuti a loro notizia *altrimenti che come depositari pel loro stato* di segreti loro confidati a ragion delle loro funzioni. In questo ultimo caso essi debbono interrogare la loro coscienza, e tacere tutto ciò che la morale e i doveri del proprio stato vietano di rivelare. A dir il vero, la loro decisione va soggetta alla valutazione de' tribunali che hanno il diritto d'infliggere un'ammenda per questo niego di deporre; ma ciò non può essere che allora quando si abbia prova di essersi avuto conoscenza di questi fatti per tutt'altra via che pel loro stato; in generale, essi sono i liberi estimatori dell'applicazione e dei limiti di una regola che non debbono osservare se non per l'interesse della morale e della società, e non mai con la mira di nuocere allo scoprimento del vero.

(1) Tom. 2, p. 103; Merlin, *depositione* repert.

(2) Muryat, de Vouglaux, p. 786.

(3) Decis. Cass. 14 sett. 1837; Sirey, 28, 1, 391

(4) Decis. Cass. 18 giugno 1834; Giorn. del diritto crim. 183, p. 304.

CAPITOLO XXII.

DEL FURTO — CARATTERI GENERALI DI QUESTO REATO — FURTI SEMPLICI.

Nuova serie di reati — Attentati contro la proprietà — Divisione del codice — Del furto — Definizione ed elementi di questo reato — §. 1.^o sottrazione — PRIMI ELEMENTI DEL FURTO — CARATTERE DELLA SOTTRAZIONE — Conseguenze dedotte da questo carattere — Il furto non si applica che alle cose mobili e corporali — Non si applica ai furti di uso e di possesso — Distinzione tra l'abuso di deposito ed il furto — Esempi di frodi commesse senza sottrazione — Commette mai furto colui che ritiene fraudolentemente una cosa trovata? Distinzione se la cosa sia stata raccolta con intenzione fraudolenta e senza tale intenzione — Qual'effetto abbia sul reato il pentimento del sottrattore e la restituzione degli oggetti rubati — §. 2.^o Frode — Non vi è furto senza intenzioni di rubare — Applicazione di questo principio a diversi casi — Sottrazioni commesse per errore — Col presunto consentimento del proprietario della cosa rubata — Sottrazione di un oggetto litigioso — Sottrazione ad un debitore di una somma da lui dovuta — Quale è il carattere della frode costitutiva del furto — Applicazione della regola che l'intenzione di nuocere basta a costituire il reato — La penuria in cui si trovava il colpevole è mai di scusa al suo furto? — §. III. cosa altrui — Elemento indispensabile del furto — Sottrazione di un oggetto dato in pegno dallo stesso proprietario — Sottrazione delle cose che non appartengono ad alcuno — Che sono abbandonate o perdute — Non basta che il proprietario non sia conosciuto o non reami la cosa — Furto commesso da un socio o da un comproprietario — Furti commessi dai coeredi su gli oggetti della successione — Eccezione al principio il quale richiede che la cosa rubata sia di proprietà altrui — Quando il proprietario è conjuge, ascendente o discendente del colpevole — Questa eccezione non si applica ai terzi complici o ricettatori — Caratteri del furto commesso tra i congiunti — Il furto può mai diventare circostanza aggravante dell'omicidio? §. IV. APPLICAZIONE DELLE TRE REGOLE — Furti semplici, specie diverse — Riassunto dei principj della materia — Commentario degli articoli 379, 380 e 401 del Codice Penale. (Art. 459, 456 e 417 LL. p.)

Qui ha termine la serie dei misfatti e delitti contro le persone.

Si presenta ora alla nostra disamina una novella classe di offese: gli attentati contro la proprietà. Noi continueremo a seguire il Codice nella classificazione fatta di queste offese, quantunque esso stesso sia stato talvolta infedele alla divisione per lui tracciata.

La proprietà è la base essenziale di ogni società, essa n'è il legame e la forza; è l'elemento della civiltà e dell'ordine. La

legge civile le impone delle regole e dei limiti, ma la stessa è in debito di proteggerla da tutti gli attentati cui può andare esposta, perchè con questa protezione va protetta la stessa società.

Questi attentati sono di molte specie: le cose che noi possediamo possono esser sottratte per frode, tolte per forza, distrutte per imprudenza o malignità. Da ciò molte classi d'infrazioni che si modificano, si suddividono, s'intralciano fra loro, e presentano mol-

te e svariate gradazioni secondo lo scopo propostosi dall'agente, secondo i mezzi adoperati per raggiungere questo scopo.

Il Codice ha scomparito queste infrazioni in tre sezioni che comprendono: la prima, i furti; la seconda, le banche rotte, le seroccherie e le altre frodi; la terza, le distruzioni, le degradazioni e i danni.

I furti formano la classe più numerosa degli attentati contro le proprietà e la loro imputazione ha elevate gravi e svariate quistioni. Il legislatore ha determinato i diversi gradi della penalità secondo la natura dei mezzi adoperati per commetterlo, la gravità del disordine che questi mezzi suscitano nella società, ed il carattere di depravazione e di audacia che essi rivelano. Noi disamineremo successivamente ciascuna delle cause di aggravazione di questo reato.

Ma l'ordine metodico delle materie d'impone un lavoro preliminare. Il Codice Penale ha definito il furto innanzi di passare alle diverse qualificazioni che lo rivestono; noi seguiremo la stessa via, perciocchè è di grave momento fissar bene i caratteri elementari del reato innanzi di esaminare i fatti che lo modificano o l'aggravano. Noi dunque ci facciamo a considerare il furto in se stesso e accompagnato da ogni circostanza relativa al modo come fu commesso; ci faremo di poi ad esaminarlo ne' suoi elementi costitutivi; questo è l'oggetto del presente capitolo.

Il furto, punito da tutte le legislazioni, non è stato da tutte riguardato nella sua reità con caratteri identici. Il diritto canonico, comprendeva sotto questa espressione ogni usurpazione dell'altrui proprietà: *furti nomine bene intelligitur omnis illicita usurpatio rei alienae* (1). Il Digesto e gli Istituti avevano preso dal Giureconsulto Paolo una definizione meno assoluta e più esatta: *furtum est contractatio fraudulosa, lucri faciendi causa, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionis* (2). Più in là vedremo che questa definizione, quantunque stabilisca con molta nettezza i due caratteri principali del furto, *contractatio fraudulosa*, si dilunga poi o a fissare come scopo necessario del furto un pensiero di lucro, o ad estendere il delitto al semplice abusare che si faccia dell'uso e del possesso.

Lo stesso giureconsulto Paolo avea scritto

(1) Corp. jur. can. pars. sec. causa 14, quist. 3, §. 14.

(2) L. 1, §. 3. Dig. de furtis.

nelle sue sentenze un'altra definizione più precisa e più vera: *Fur est qui dolo malo rem alienam contractat* (3). Questa regola che stabiliva fedelmente i tre elementi essenziali del furto, fu negletta da Giustiniano, e rimase per lunga stagione senza autorità, la definizione delle Pandette prolissamente sviluppata dai dottori era diventata un canone nel nostro antico diritto (4). Ma la giurisprudenza era quasi riuscita a modificarla sotto un riguardo: « Nei nostri costumi, dice Jousse, non ammettiamo altro furto che quello il quale si fa della stessa cosa per appropriarla. Il furto dell'uso era caduto in desuetudine. Questa giurisprudenza ebbe un'eco generale; la più parte delle legislazioni moderne hanno adottata questa restrizione (5), e la seconda definizione di Paolo è stata universalmente accolta come quella che enunciava i veri principj della materia.

L'articolo 379 del Codice Penale non ha fatto che tradurla fedelmente in questi termini: chiunque sottragga fraudolentemente una cosa che non gli appartiene è colpevole di furto. » (a)

Da questa definizione risulta che tre condizioni sono necessarie perchè abbia vita il reato; è mestieri che vi sia sottrazione di una cosa qualunque, che questa sottrazione sia fraudolenta, da ultimo che la cosa sottratta appartenga ad altri.

Ora ci facciamo a sviluppare successivamente questi tre elementi del furto, per poi farne l'applicazione a qualche ipotesi.

§. I.

Sottrazione.

Il primo elemento del furto è la sottrazione, il rapimento, *contractatio*.

Il solo pensiero del furto, il progetto, i preparativi non sono sufficienti: *sola cogita-*

(3) Pauli sententiae rec. tit. 31, de furtis N. 1.

(4) Giulio Claro, §. furtum. N. 1; Farinaccio de furtis, quis. 165, N. 5; Mayart de Vouglans, p. 280; Jousse, tom. 4, p. 166.

(5) Cod. Austriaco, art. 151; cod. degli Stati della Luigiana, art. 645; Cod. Pruss. art. 1108.

(a) Il legislatore delle Due Sicilie, per schivare i pericoli delle definizioni, ha soppresso questo articolo del Cod. Franz. ritenendolo però implicitamente tutti i suoi elementi e le conseguenze che ne derivano.

tio furti faciendi non facit furem (1), è mestieri che il colpevole abbia messo le mani sulla cosa che vagheggia, che l'abbia occupata, che l'abbia tratta dal luogo ove era: *furtum sine contrahatione fieri non potest, nec animo furtum admittitur* (2). Né debbesi vedere una eccezione a questa regola nel caso di tentativo ed in quelli di furto con violenza; perciocchè nella prima ipotesi, per una specie di presunzione di legge, il reato reputasi compiuto, e nella seconda, la legge punisce le violenze anziché il furto.

Così debbesi intendere con la parola *sottrazione*? Forse il semplice atto di metter le mani sopra la cosa rubata, il semplice maneggiare che se ne farria (*maniement*) giusta la espressione del Merlin? Forse l'atto di togliere la cosa dal luogo ove era, di rapirla? *Furtum ab auferendo* dicono gl' Istituti (3); intanto la legge Romana non poteva attribuire a questa parola un significato così assoluto, perciocchè essa riguardava come furto l'atto di distrarre dalla sua destinazione una cosa prestata o depositata. Or, in questo caso vi era occupazione ma non rapimento. È questa anche la distinzione che fanno gl' Istituti: *Furtum fit, non solum cum quis, intercepti causa, rem alienam amovet, sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contrahat* (4). Gl' interpreti del diritto romano han dunque dovuto stabilire per massima che il metter le mani sulla cosa, anche senza toglierla dal suo luogo, era sufficiente per tener come consumato il delitto *ad furti crimen contrahendum non esse necesse ut res auferatur; sufficere cum dolo malo contrahat* (5).

Nella nostra vigente legislazione è necessario che la cosa sia rimossa dal luogo ove era: Non vi è furto, dire Jousse, quando non vi è *dislocazione* della cosa che dicesi rubata, quando anche si fosse incominciato a metter le mani sopra questa cosa, senza però muoverla dal suo luogo (6). Il nostro Codici-

ce ha confermata questa regola, esso richiede che la cosa sia stata sottratta; or, come praticare questa sottrazione senza togliere la cosa dal luogo ove era? D'altra banda, il furto non può dirsi veramente consumato che col rapimento, *contrahere est loco movere*; sino a quest'ultimo atto il delitto non è ancora rhe un progetto da cui si può desistere; l'agente ha messo le mani sull'oggetto, ma questo atto non è che un inereto segno della volontà; questo dubbio cessa solo quando la cosa è rapita allora il delitto è consumato.

Questa interpretazione è confermata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione. In una delle decisioni di questa Corte si legge: che non può esservi luogo all'applicazione delle leggi penali sul furto se non quando la cosa tolta ad altri sia stata sottratta, cioè a dire occupata (*appréhendée*) contro la volontà del proprietario (7). Un'altra decisione porta: « che non vi è furto nel senso della legge se non quando la cosa, oggetto del reato, passa dal possesso del legittimo detentore in quello dell'autore del reato all'insaputa o contro la volontà del primo; che per sottrarre sia uopo *prendere, togliere, rapire* (8). » Da ultimo, una terza decisione dichiara: esser mestieri che la cosa rubata sia presa dal ladro e sia uscita dal possesso del legittimo proprietario (9).

Fermato quest'ordine di principio debbonsi dedurre molti corollari.

Primamente è chiaro che il furto non può versare che su le cose mobili; in vero, la sottrazione di una cosa suppone necessariamente che questa cosa possa esser trasportata da un luogo ad un altro. Gl' Istituti, enunciando questa regola ci fan fede che essa non fu sempre in osservanza: *abolita est quorundam veterum sententia, existimantium etiam fundi locive furtum fieri* (10). Ma la legge romana restrinse il furto ai soli mobili: *verum est quod plerique probant, fundi furti agi non posse* (11); la glossa ha chiaramente formula-

(1) L. 1, §. 1, Dig. de furtis.

(2) Paulus in l. 3, §. 18, Dig. de acq. vel amitt. pos.; l. 32, §. 19, Dig. de furtis; Farinacio, quest. 174, N. 3.

(3) Inst. §. 2, de obb. quae ex delicto nascuntur.

(4) Eod. loco §. 6; Gajus. Inst. l. 3, §. 195.

(5) Mathoeus, ad Dig. de furtis, N. 2.

(6) Tom. 4, p. 166.

(7) Decis. Cass. 20 Nov. 1835. Giorn. del diritto crim. l. 9, p. 354.

(8) Decis. cass. 18 nov. 1837. Giorn. del diritto crim. tom. 9, pag. 354.

(9) Decis. cass. 14 decemb. 1839. Bullettino, N. 380.

(10) L. 2, tit. 6, de usucapionibus, § 7.

(11) L. 25, Dig. de furtis.

to questo principio: *furtum non committitur in rebus immobilibus* (1). Se gl'immobili vanno soggetti ad una occupazione fraudolenta o violenta, si ha non un furto ma una usurpazione; questo reato veste diverse qualificazioni e va soggetto a diverse pene secondo che commettesi per violenza, per resistenza agli ordini della giustizia, per distruzione di limiti, per falsificazione di titoli.

Per lo stesso motivo debbesi decidere che il furto non può aver per oggetto una cosa incorporale. Di fatti, l'occupazione (*contrectatio*) è un atto fisico e non può cadere che sopra una cosa materiale. Così, dice Merlin, che il mio debitore mi sottragga fraudolentemente un atto sotto firma privata, col quale egli riconosceva il mio credito, su di che mai cade la *contrectatio*? Non sul mio credito perchè non può cadere sotto il tatto, ma sibbene sul mio titolo che è una cosa corporale (2). Le cose incorporali non possono esser trasmesse con la tradizione, dunque non possono esser tolte e sottratte: *res incorporales nec tradi nec possideri possunt, ita contrectari nec auferri* (3).

Altra conseguenza dello stesso principio si è che le diverse frodi con le quali si mira ad appropriar l'altui non possono esser novate nella classe dei furti, allorchè si commettono in tutt'altro modo che con la sottrazione di queste cose.

Un primo esempio l'abbiamo avuto in ciò che concerne i furti di uso o di possesso. La legge Romana dichiarava colpevole di furto: il creditore che, all'insaputa del suo debitore, applicava ad uso personale l'oggetto che aveva avuto in pegno; il depositario che usava dell'oggetto confidatogli in deposito; il comodatario che adoperava la cosa prestatagli in usi diversi da quelli pei quali era destinata: *Sive creditor pignora, sive is apud quem res deposita est, ea re ulatur; sive is qui rem utendam accipit in alium usum eam transferat quam ejus gratia ei data est, furtum committit* (4). Questa imputazione già caduta in desuetudine nell'antico diritto, sarebbe di presente contraria ai principj della ma-

teria. Il furto non si commette che con la sottrazione, il rapimento della cosa: or, l'usare abusivamente di una cosa prestata o depositata suppone un possesso precedente e regolare; questo possesso virtualmente esclude l'idea della sottrazione; il depositario e il mutuatario sono responsabili perchè hanno violato la fede del contratto; ma quando anche questa violazione avesse per risultamento la perdita della cosa non perciò sarebbero colpevoli di furto.

Questa sentenza fu seguita dalla Corte di Bordeaux la quale ha dichiarato che il vendere la cosa prestata o locata non costituisce mica il furto; i motivi di tale decisione furono « che quanto agli strumenti di agricoltura prestati all'imputato e da costui giammai restituiti, questo fatto, quantunque assai inumore, non costituisce mica un furto ma un comodato; che il querelante ha da per sé consegnati tali oggetti all'imputato ond'è che non vi fu mai sottrazione ed in conseguenza non furto; che l'inadempimento del contratto dà luogo ad azione per danni-interessi, ma non può mai trasformare in sottrazione fraudolenta la consegna libera e volontaria dalla cosa chiesta a titolo di prestito; che, in quanto al cavallo locato all'imputato, nè anche vi è stato furto nel fatto apposto, perchè il querelante ha volontariamente consegnato il suo cavallo, e quindi invano cercherebbesi la sottrazione fraudolenta senza la quale non può concepirsi furto (5). »

(5) Decis. Bordeaux 3 febbraio 1831. — Colui che dispone a suo prò in danno del proprietario di un oggetto consegnato a titolo di locazione si rende colpevole di furto. I tribunali Belgii sono competenti a giudicare, quantunque la cosa dirottata appartenga ad uno straniero, se la consumazione del reato ebbe luogo nel Belgio. Bruss. 24 ottobr. 1834; Giorn. di Bruss. 1835, p. 281.

Vedi in senso opposto una decisione della stessa Corte del 4 ottobr. 1832; (Giorn. del 19° secolo 1832, 3, 327). Quantunque nell'interesse dell'ordine pubblico non si possa che far plauso alla sopra citata decisione, pure l'altra del 4 ottobr. 1832 sembra più consona al sistema del Codice Penale in materia di delitti contro la proprietà, alla teoria delle pene ed ai principj del diritto penale in fatto d'interpretazione. Ed in vero, si vede che dei malfatti identici nei loro elementi costitutivi a quello in disame, ed anche forse più gravi, sono classati nella scala penale ad un grado molto inferiore a quello del fur-

(1) Glossa in l. 25, D.g. de furtis; Damhouderius, Prat. crim. tit. 112, N. 8.

(2) Quist. di diritto vol. V, § 4.

(3) Damhouderius, cap. 112, N. 13; L. 43, § 1, Dig. de acquir. rerum domin.

(4) Ist. de abb. quae ex delicto nascuntur.

Nondimeno, rispetto al deposito debbesi ben distinguere se la cosa sia stata consegnata a titolo di deposito e confidata alla fede dell'imputato, oppure se sia stata soltanto depositata nell'abitazione di lui, chiudendola in un mobile la cui chiave fosse stata conservata dal deponente. Nel primo caso, l'appropriazione ed il distornamento di tale cosa può costituire una violazione di deposito ma non mai furto; perciocchè l'imputato aveva libera disposizione della cosa, non ha dunque potuto commettere la sottrazione che è elemento di tal reato. Nella seconda ipotesi, per l'opposto, gli oggetti non furono confidati all'imputato; rinchiusi in un mobile essi hanno continuato ad essere nel possesso del proprietario; epperò l'imputato in appropriarsi ha commesso la sottrazione costitutiva del furto. Questa distinzione attinta dalla natura de' due atti è stata consacrata dalla Corte di Cassazione (1).

La giurisprudenza offre molti esempj dell'applicazione della stessa regola.

Così, la Corte di Cassazione ha dichiarato che il creditore il quale, dopo aver ricevuto il pagamento di una somma, si nega di rilasciar quietanza ed imputarla nel suo credito (2); che il debitore il quale, sotto pretesto di rinnovare i titoli delle sue obbligazioni, si fa consegnare gli antichi in cambio di uno nuovo non sottoscritto (3); che il contribuente il

quale in pagamento della sua contribuzione presenta una quietanza già altra volta conteggiata (4), non commettono mica il reato di furto, poichè il dolo e la frode che accompagnano questi diversi atti non possono tener luogo della sottrazione, poichè il danaro, i titoli caugiali, la quietanza delle contribuzioni erano stati liberamente e volontariamente consegnati al colpevole, epperò, l'elemento del furto, il rapimento luttivo della cosa, *contractatio rei*, non concorreva in questi casi.

Debbesi anche decidere colla stessa Corte che se, tolte le trattative di un matrimonio, la futura sposa richieda della restituzione dei doni nuziali non li restituisca nella loro integrità, questa ritenzione comechè fraudolenta non può dar luogo che ad azione civile (5); ed in altra ipotesi, che il fatto di aver fraudolentemente conservato un biglietto di obbligazione, mentre si è finto di restituirlo con averlo lacerato, e di averne di poi richiesto il pagamento non costituisce un furto — perciocchè il furto consiste nel sottrarre fraudolentemente la cosa altrui, donde ne conseguita che non vi sia furto nel senso della legge se non quando la cosa, oggetto del reato, passa dal possesso del legittimo detentore in quello dell'autore del delitto, all'insaputa e contro il consentimento del primo; e che costava in fatto non aver l'imputato preso o sottratto alcuno dei biglietti che gli furono volontariamente consegnati (6).

Debbesi mai tenere come sottrazione il fatto di colui che, avendo trovato per caso un oggetto appartenente ad un altro, lo ritenga fraudolentemente? Per risolvere tale questione è mestieri distinguere due ipotesi: o la intenzione fraudolenta di appropriarsi l'oggetto trovato si manifesta nell'atto stesso che si è messa la mano su la cosa, o questa intenzione non nasce nell'animo dell'agente e non si appalesa che dopo aver tolto l'oggetto presso di sé.

Nella prima ipotesi si giudica generalmente che vi sia furto. La legge Romana contiene intorno a ciò una disposizione: *qui alienum quid iucens, lucri faciendi causa, sustu-*

to, perciocchè i reati preveduti negli articoli 408 (430) ed altri non vanno soggetti che alla pena di due mesi, a due anni di prigionia, mentre il furto può esser punito d'uno a cinque anni di prigionia. Epperò, fedele a questi principj il nuovo Codice francese, ed il progetto del Codice Belgio, si sono guardati di punire il furto gli abusi di fiducia commessi da un mandatario, da un locatario. Perciò assai dubitiamo che tale Decisione non possa costituir giurisprudenza, segnatamente nel silenzio del Codice su gli abusi di fiducia commessi da un locatario, ed avuto riguardo alla precisa definizione che dà del furto, l'articolo 379, definizione che pare potersi difficilmente applicare all'appropriazione di una cosa già posseduta per consentimento del proprietario, al distornamento di qualche cosa incorporale ed intellettuale, come il diritto di possesso, nel senso della legge 4^a Dig. de acqui-
tenda vel ammitt. poss.

(1) Decis. Cass. 19 aprile 1828; Sirry, 39, 127.

(2) Decis. Cass. 25 settembre 1824; Sirry, 25,

1, 69.

(3) Decis. Cass. 9 sett. 1826; Sirry, 27, 298.

(4) Decis. Cass. 25 marzo 1824. Dalloz, 28, 387; Sirry, 24, 289.

(5) Decis. Cass. 30 gen. 1829.

(6) Decis. Cass. 18 nov. 1837; Sirry, 38, 866.

lit, furti obstringitur (1). Gli autori non si sono appartati da questa dottrina (2) e la giurisprudenza vi si è del pari uniformata. Epperò la Corte di Cassazione ha giudicato: 1° che il servo, il quale trova nella casa del suo padrone un gioiello perduto da un terzo, e lo prende con la intenzione di farne un lucro, e nega di averlo trovato quando n'è richiesto, si rende colpevole di sottrazione fraudolenta (3); 2° che colui il quale trova una borsa in una strada, e nega di averla trovata quando il proprietario la reclama commette del pari una sottrazione (4); 3° che lo stesso carattere ha il fatto di colui il quale s'impadronisce di un gregge di pecore abbandonate in un prato alla leale pubblica, e che ai reclami del proprietario risponde mendacemente e sostiene di averle comprate (5).

Non poche Corti Reali hanno seguita la stessa dottrina; noi non citeremo che una sola di queste decisioni. Un individuo si era reso aggiudicatario, in una vendita pubblica, di un vecchio armadio in uno de' cui forzieri trovò del danaro; il venditore, avuta notizia di ciò, richiese la somma, l'acquirente negò il fatto e fu querelato di furto. La Corte di Lione confermava la sentenza che lo condannò; « attesochè quando l'imputato ha scoperto gli oggetti contenuti nel mobile non ha potuto ignorare che questi non eran compresi nella vendita fattagli, e che perciò era in debito di restituirli; attesochè in vece di adempiere a questa restituzione ha prescelto di appropriarseli, e raccomandar segretezza ai testimonj della scoperta; che questi fatti costituiscono una sottrazione fraudolenta nel senso della legge (6). »

Non vi ha dubbio che vi sia sottrazione, nel senso dell'art. 379, quando l'imputato si è col disegno immediato di appropriarsela, impadronito d'una cosa trovata e che sa di appar-

tenere ad altrui. Il luogo in cui ciò avviene non ha alcun effetto sul carattere dell'atto, e d'altra banda poco monta che l'agente abbia conosciuto a chi quel oggetto appartenesse: *nihil ad furtum minuendum facit*, dice la legge romana, *quod cuius sit ignoret*; e la glossa aggiunge: *furtum uti factum non est necesse scire dominum ipsum rei, sed sufficit scire rem esse alterius*. La sottrazione è l'atto materiale di togliere una cosa dal luogo ove si trova, d'impadronirsene. Or, questo atto può benissimo cadere tanto su di un oggetto trovato quanto su di un altro che è rimasto in potere del proprietario; più difficile è a determinarsi la intenzione dell'agente ma il fatto materiale ha lo stesso carattere.

Non dimeno, è mestieri confessarlo, se la sottrazione fraudolenta di un oggetto trovato debbesser punita come il furto, se la legge non ha fatta distinzione è difficile cosa che la morale non ne segui una. Colui che sottrae le cose trovate fu, per così dire, sedotto dalla occasione, invece di aver preparato il delitto egli ha soltanto la colpa di non averlo respinto, egli ha potuto credere che il proprietario avesse abbandonata questa cosa; non conoscendo questo proprietario non ha potuto credere di commettere un furto, se più tardi n'è venuto in cognizione egli già si trovava quasi stretto a non farne parola, per non eccitare contro di sé dei sinistri sospetti. Come pareggiare costui, colpevole certamente ma in grado assai tenue, a colui che ha concepito l'audace pensiero del furto, che ha preparato il delitto, e l'ha saputo mettere in esecuzione? Questi due fatti sono separati da tutta la distanza che intercede tra il misfatto premeditato e quello commesso senza premeditazione; sono segnatamente separati dalla realtà che si appalesa nella esecuzione del furto e che non può andar supposta nella semplice ritenzione di un oggetto trovato. Da ultimo, non dovesi forse riflettere, come ha osservato il signor Duvergier, che più i reati possono avere conseguenze funeste e più debbono essere severamente repressi? Or, un furto può menare a degli atti di violenza, suscita in tutti i casi un giusto allarme nella società, mentre che nessuna di queste conseguenze deriva dal fallo di colui che, avendo trovato un oggetto, nega l'accaduto. Epperò, il furto e l'appropriazione di un oggetto trovato sono due fatti distinti ingiustamente confusi dalla legge penale.

(1) L. 43, Dig. de furtis.

(2) Farinacio, de furtis, quest. 168, N. 63.

(3) Decis. Cass. 5 giugno 1817. Dalloz, 28, 431; Sirey, 18, 123.

(4) Decis. Cass. 4 aprile 1823; Dalloz, 28, 431; Sirey, 27, 283. Bruss. 15 maggio 1840.

(5) Decis. Cass. 4 marzo 1825; Sirey, 26, 1, 49.

(6) Decis. Lione, 17 genn. 1828; Sirey, 28, 2, 199; vedi anche decis. di Nimes, 16 giugno 1805; Sirey, 19, 2, 279; Grenoble, 2 giugno 1823; Sirey, 29, 1, 1.

Nella seconda ipotesi trattasi di colui che ha raccolto l'oggetto senza alcuna intenzione di appropriarselo, ma questa intenzione gli è venuta posteriormente e si è manifestata col niego di restituire l'oggetto trovato. Pare che la legge Romana non vedesse in questo caso furto alcuno: *Si jacens tamen tulit, non ut furetur sed redditurus ei cuius fuit non tenetur furti* (1). Farinacio dice egualmente: *Furti non tenetur qui rem in via accepit animo restituendi eam domino quandocumque apparuerit* (2). A dir il vero, questo autore e lo stesso Digesto non preveggono il caso di un posteriore cangiamento di volontà, ma questo cangiamento potrebbe mai tener le veci della contrattazione costitutiva del furto? Pare che l'antica giurisprudenza, la quale non stava così scrupolosamente attaccata alle deduzioni dei principj del diritto, abbia ammesso questo pareggiamento (3), la costumanza di Bretagna conteneva intorno a ciò un testo espresso, il suo articolo 629 portava. « Se alcuno trova danaro o altra cosa altrui appartenente, e sente o conosce che è reclamata, epperò la nasconde è la ritenere, la giustizia debbe punirlo come ladro. »

È chiaro che questa ipotesi differisce totalmente dalla precedente. La cosa è stata raccolta col pensiero di restituirla; non vi fu dunque dolo alcuno nell'atto in cui si son messe le mani sull'oggetto, perciò non vi è stata sottrazione. In verità; il pensiero di appropriarsi questa cosa è surto dopo nell'animo dell'agente ma allora non poteva più sottrarre la cosa perciocchè n'era già detentore; l'atto col quale aveva incominciato il suo possesso essendo già consumato non poteva ricevere da un fatto posteriore l'impronta di altro carattere. Se questo atto non era una sottrazione quando fu commesso, non può più diventar tale pel solo motivo che posteriormente il suo autore ebbe intenzione di sottrarre. Questo pensiero non è altro che una volontà dolosa accompagnata da ogni fatto materiale, e perciò sfugge l'impero della legge penale. Il caso ha, in certo modo, costituito l'agente depositario dalla cosa trovata, raccogliendo questa cosa egli accetta il deposito, se manca alla dovuta fede commette una violazione di deposito non già un furto.

Tre decisioni della Corte di Cassazione hanno adottata questa distinzione. Nella prima, la Corte si limitava a dichiarare: « che costando in fatto non esser stata fraudolenta la sottrazione del danaro nascosto nel bosco, e d'essersi solo da fatti posteriori manifestata la intenzione di appropriarsi detta somma, vi era stata erronea applicazione degli articoli 379 e 401 Codice Penale (4). » La seconda decisione è molto più esplicita, essa dichiara formalmente: « che risultava dalla dichiarazione del Giurì non esser l'accusato colpevole della sottrazione fraudolenta addebitatagli, e che se egli aveva intenzione di appropriarsi, a danno dei proprietari, gli oggetti trovati in una strada pubblica questo pensiero non gli era surto che dopo di aver depositati questi oggetti in propria casa; che non vi è furto, o fraudolenta sottrazione della cosa altrui, se non quando la frode, cioè, l'intenzione di farne luero in danno del proprietario, accompagna la sottrazione; che se questa intenzione può, secondo le circostanze, essere manifestata con atti posteriori, debbe però, per poter costituire un furto, connettersi al fatto e rimontare all'atto stesso della sottrazione; che nella causa in esame i Giurati avevano formalmente dichiarato che la intenzione di appropriarsi gli oggetti trovati era surta nell'accusato assai dopo di aver raccolti gli oggetti nella strada pubblica, epperò in quel momento non vi era stata sottrazione fraudolenta; che il fatto immorale, di cui l'accusato veniva dichiarato colpevole, non costituiva un delitto punibile con applicazione di una legge penale, e che perciò la Corte di Assisa avrebbe dovuto assolverlo (5). » Da ultimo, la terza decisione dichiara: « che la ritenzione fraudolenta non costituisce necessariamente un furto, che acciò abbia questo carattere è mestieri primamente che la cosa ritenuta non sia stata volontariamente consegnata all'imputato ma sottratta da lui; in secondo luogo, che la frode, comechè siesi manifestata con atti posteriori, pure abbia esistito nell'atto della sottrazione e s'identifichi con quella (6). »

(4) Dec. s. Cass. 2 agosto 1816. Dalloz, 28, 980, Sirey, 17, 52.

(5) Decis. Cass. 2 sett. 1830. Sirey, 30, 400.

(6) Decis. Cass. 26 marzo 1836 e in questo senso Bourguignon, giurisp. dei Codici crim. t. 3. p. 360. Carnot, comm. al Cod. Pen. tom. 2, p. 250. Legraverend, leg. crim. tom. 2, p. 83, n. 2 33

(1) L. 43, § 5, Dig. de furtis.

(2) De furtis, quist. 168, N. 64.

(3) Jousse, t. 4, p. 172.

Debbesi però confessare che se tale distinzione risolve la questione in diritto, lascia molti dubbi in fatto. Come provare se il pensero di appropriarsi la cosa trovata sia stato dall'agente concepito nell'atto che raccoglieva la cosa o pur dopo? Per schivare questa difficoltà debbesi decidere che la moralità della sottrazione si ha da valutare secondo i fatti che la sieguono immediatamente; così quando colui che ha trovato la cosa ne conosceva il proprietario ed intanto ha taciuto, quando di poi nega di averla trovata e si studia di venderla clandestinamente, si ha da questi fatti che nell'atto stesso in cui si raccoglieva la cosa vi era intenzione di appropriarsela e perciò sottrazione fraudolenta (1). Ma la Corte di Cassazione adottando questo principio ha conchiuso che la presa dell'oggetto, quando sia seguita da ritenzione fraudolenta, diventa fraudolenta essa stessa; ecco i termini della Decisione « Considerando che il raccogliere in una pubblica strada un oggetto altrui, e che di quale si acquista la proprietà con l'occupazione, attinge i suoi caratteri nei fatti e nelle circostanze che l'hanno seguito; che allorché la cosa sia reclamata e chi se l'ha appropriata nega di averla trovata ed appalesa così la intenzione di farne un lucro, commette una sottrazione fraudolenta che ha i caratteri del furto definito dall'articolo 379 (2). » È chiaro che la Corte di Cassazione faceva una falsa applicazione del principio da essa stabilito. Se la moralità della presa dell'oggetto debbesser valutata secondo i fatti che l'hanno seguita, l'è solamente quando questi fatti spargono qualche lume sulla intenzione che aveva il colpevole nell'atto di prender la cosa, essa però costituisce un atto distinto da quelli che lo hanno seguita, non debbe dunque necessariamente subirne l'influenza e prender carattere da essi. Così, può l'imputato ritenere fraudolentemente la cosa quando sia reclamata e nondimeno non averla sottratta fraudolentemente quando l'ha trovata. La frode della ritenzione non suppone necessariamente quella della sottrazione, non si può argomentare da un caso all'altro; or, i fatti

che sieguono la presa dell'oggetto debbono mettere in chiaro i suoi caratteri ma non ne possono tener le veci: la ritenzione, fraudolenta che sia, non può tener luogo di sottrazione. L'è dunque che si abbia il furto non basta dichiarare questa ritenzione improntata di frode, è mestieri provare ancora, come elementi di fatto, che quella frode abbia avuto cominciamento nell'atto stesso in cui fu raccolto l'oggetto trovato.

Dal principio che la sottrazione è l'atto materiale onde si consuma il furto noi deduciamo un'ultima conseguenza: cioè che allorché questo atto è consumato il pentimento del colpevole e la immediata restituzione che dal colpevole si facesse dell'oggetto rubato non potrebbe cancellare i caratteri criminosi del furto (3). Tale era la dottrina della legge Romana: *Qui ea mente alienum quid contraxit ut lucri faceret semetipso mutato consilio id postea domino reddidit fur est; nemo enim tali peccato poenitentia sua nocens esse desit* (4). E per fermo, la riparazione del danno cagionato non estingue che l'az. on civile; l'azione pubblica, la quale ha per oggetto la riparazione del fallo morale si esercita indipendentemente dal danno materiale che questo delitto può cagionare. Il pentimento del colpevole, attestato dalla restituzione, attenua la sua colpeabilità ma non la cancella interamente, l'azione repressiva nasce nell'atto stesso che il delitto fu consumato, nè potrebbe arrestarsi il suo corso per gli atti posteriori del colpevole. I giureconsulti hanno più volte proclamata questa dottrina (5). Aggiungiamo però che in alcuni casi, se la restituzione precede il procedimento e non è suggerita che dal pentimento, la procedura penale par che resti senza oggetto. Ed in vero, quale sarebbe il suo scopo? di rassicurare la società? Ma già questa ha della sufficienti garanzie nello spontaneo risarcimento dato dal colpevole. D'intimidire con l'esempio della pena? Ma

(3) L'azione pubblica essendo indipendente dall'azione civile, un individuo convinto di abusi di fiducia debb'esser condannato benché innanzi di ogni procedimento avesse restituito l'oggetto distorto. Liegi 21 luglio 1832; Giornale di Bruxelles 1833, p. 26. Legraverend, t. 1. p. 68 e Daltor, t. 1, p. 249.

(4) L. 65; Dig. de furtis, et contra Pauli sentent. lib. 2, tit. 31, n. 34.

(5) Decis. Cass. 8 term. d. anno 8; Daltor, 24 384; Sirey, 6 2, 226; sett. 1811; Daltor, 2, 249.

(1) Decis. Cass. 5 giugno 1817; Daltor, 28, 431; Sirey 116, 237.

(2) Decis. Cass. 4 aprile 1823; Daltor, 28, 381; Sirey, 23, 283.

non è forse esempio più giovevole quello che presenta un individuo col suo repentino pentimento del fallo commesso? È forse mestiere imprimere alla sua vita l'onta di un pubblico giudizio quando egli si studia di cancellare con una intemerata condotta la memoria del suo fallo?

Riassumiamo queste osservazioni. Il primo elemento ed il carattere distintivo del furto è la sottrazione; questo reato sta tutto nel sottrarre (1). Questa sottrazione (*amotio de loco ad locum*) debbe aver per effetto di far passare la cosa dal possesso del legittimo detentore in quello dell'autor del reato, all'insaputa o contro il consentimento del primo. Nissuna circostanza equivalente può far le veci di questa sottrazione. Se il colpevole ebbe dallo stesso detentore, a qualsiasi titolo, l'oggetto distorto, commette un abuso di confidenza; se ha distorto la cosa che era stata presso di lui depositata è reo di violazione di deposito, se con qualunque macchinazione si fa consegnare delle somme commette uno scrocco; in questi diversi casi la frode è la stessa, solo è diverso il modo di recare in atto questo spoglio, questo modo dunque imprime al reato la sua speciale qualificazione; or, questo modo speciale di eseguire un furto è la sottrazione, senza di essa la frode può costituire un reato di altro genere, ma non mai vestire i caratteri di furto: *furtum sine contractione non fit*.

§. II.

Frode.

Il secondo elemento del furto è la intenzione criminosa, *consilium fraudis*, la frode.

La Legge Romana avea stabilito per massima che non vi era furto senza intenzione di rubare: *furtum sine affectu furandi non committitur* (2). Questa massima stava contenuta nella definizione del reato: *contractatio fraudulosa*; il nostro Codice non ha fatto che tradurre questa parola richiedendo che la sottrazione, sia *fraudolenta*. Epperò, non vi ha reato, quando anche vi sia stata sottrazione, se questa sottrazione non sia stata accom-

pagnata da frode, se l'agente non abbia avuto intenzione di toglier l'altrui: *cum facto animi etiam animum furis furtum exigit* (3). Così, colui che toglie una cosa che si crede di appartenergli non commette mica un furto, perciocchè, quantunque questa sua credenza fosse erronea, egli non ebbe intenzione di rubare, la sua azione è conseguenza di un errore non già di una frode. Questa sentenza stava espressa negli Istituti: *Qui aliquo errore ductus rem suam esse existimans et imprudens juris eo animo repperit, absolvi debet* (4).

Colui che scientemente toglie una cosa che sa di non appartenergli, ma nella credenza che il proprietario assentisca al suo fatto nè anco è colpevole di furto. Ulpiano ne adduce questa ragione: *Recte dictum est qui putat se domini voluntate rem attingere non esse furem. Quid enim dolo facit qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id, sive vere putet? Is ergo solus fur est qui obreclat quod invito domino se facere seivit* (5).

Lo stesso debbe dirsi di colui che, avendo trovato un oggetto in una pubblica strada, lo prende e conserva con la intenzione di restituirlo al proprietario quando lo reclami. In questo fatto non vi ha dolo alcuno, epperò non può ravvisarsi alcun carattere di reato (6).

La Corte di Cassazione ha applicata la stessa sentenza ad un individuo il quale avea tolto una cosa la cui proprietà era controversa, innanzi che la giustizia avesse pronunciato sulla lite. Trattavasi del possesso di un campo; una delle due parti contendenti avea seminato questo campo, l'altra ne prese la raccolta in tempo di notte. Tradotto in giudizio come reo di furto, fu condannato dal tribunale correzionale, ma la sentenza fu messa nel nulla. « Attesochè, secondo le circostanze particolari di questa causa, la sottrazione commessa dall'imputato non costituiva che una semplice via di fatto, e però non era soggetta che a semplice procedimento di polizia (7). » È da notarsi che i motivi

(3) L. 41, Dig. ad leg. aquilam; leg. 53, D'g. de furtis.

(4) Inst. §. 1. de vi bon. rap. § 5, da usuc.

(5) L. 46, § 7 e 76 Dig. de furtis.

(6) Decis. cass. 5 giugno 1817, 4 aprile 1823 e 2 sett. 1830. Dalloz, 28, 431; Sirey, 18, 1823.

(7) Decis. cass. 17 otob. 1806. Dalloz, 28, 378; Sirey, 7, 1187.

(1) Decis. Cass. 22 maggio 1835; Sirey, 35, 852.

(2) Inst. §. 7, de obl. quae ex delicto nascunt; § 5 de usuc; L. 46, § 7 e 77, Dig. de furt.

di questa decisione poggiano più nel fatto che nel diritto; e per fermo, ciò che esclude il furto si è la buona fede dell'agente, si è l'esser la sua azione pura di frode, l'aver egli creduto che toglieva un oggetto proprio (1); supponete che la sua pretesa fosse mal fondata, che egli sapesse ciò, e che prima del giudizio avesse voluto impadronirsi dell'oggetto controverso, allora la pendenza del giudizio non varrebbe a svestire il fatto dei caratteri di furto. Epperò, la qualità litigiosa di un oggetto rubato è una presunzione favorevole all'imputato, ma questa presunzione può esser distrutta dai fatti.

Dobbisi forse estendere la stessa regola al creditore che toglie le merci dal suo debitore o prende a viva forza le somme che gli sono dovute? La legge Romana puniva, in questo caso, le violenze ma non vi ravvisava furto alcuno: *Qui imprudens juris eo animo rapuerit, quasi domino liceat etiam per vim rem auferre a possessoribus, absolvi debet; cui scilicet conveniens est nec furti teneri eum qui eodem hoc animo rapuit* (2). Leggesi ancora in altro testo: *Hac actione (bonorum raptorum) is tenetur qui dolum malum adhibuit. Si quis igitur suam rem rapuit si quidem bonorum raptorum non tenetur, sed aliter multabitur* (3). Molte decisioni hanno applicata questa distinzione che poggia tutta sulla circostanza che l'imputato *rem suam rapuit*. Epperò, la Corte di Cassazione ha messo nel nulla una sentenza resa contro un individuo convinto di avere in una strada principale aggredito con armi un suo debitore per toglierli una somma che pretendeva avanzare da lui; la decisione dichiara « che nel fatto su cui poggiava la condanna non vi era il carattere di furto che sta nel voler spogliare qualcuno con un disegno criminoso (4). » In altra causa un mercante aveva annunziato ai suoi creditori che egli trovavasi in impossibilità di pagarli; due di essi entrarono nella sua bottega e si presero le merci. Tradotti innanzi il Tribunale Correzionale furono condannati alle pene del furto. Portatosi appello, la Corte di Parigi dichiarò che la sottrazione non era accompa-

gnata da frode ed assolse gl'imputati, facendo solamente salva l'azione dei creditori della fallita sulle mercanzie sottratte (5). Queste due decisioni sono unicamente poggiate sulla mancanza della frode, perchè il credito non esclude necessariamente il furto, l'autore di una sottrazione non può essere assoluto pel solo motivo che eccipiva di non averlo commesso se non per rimborsarsi di una somma uguale o maggiore dovutagli dal proprietario dell'oggetto; epperò, bene, a nostro avviso, la Corte di Cassazione in una causa, nella quale l'imputato di furto domestico eccipiva in sua difesa di esser creditore del suo padrone, proclamava la massima: « che un credito non può legittimare un furto (6). » E per fermo, non può forse darsi che l'agente ancorchè creditore del dirubato, in sottrargli la cosa abbia avuto intenzione di commettere un vero furto? Non ha potuto, sotto il pretesto del suo credito, tentare di spogliare il suo debitore? Però in valutare la sottrazione non puossi fare a meno di non tener conto di questa circostanza di credito; se essa non costituisce un motivo di assoluta giustificazione, presenta almeno un elemento per valutare la intenzione del colpevole. È mai vero che egli non ebbe altro scopo che di pagarsi del suo credito? La giustizia gli chiederà conto delle vie di fatto di cui si è reso colpevole, ma sarebbe difficile cosa riguardare la sua azione come un furto, perchè egli non aveva la intenzione di rubare *animum furandi*, egli non voleva prendere né ha preso cosa altrui. Il reato svanisce col mancar della intenzione fraudolenta che si è l'elemento indispensabile. Questa buona fede potrebbe aver vita anche quando il credito non fosse né liquido né esigibile, o fosse litigioso, ma allora la presunzione favorevole sarebbe molto attenuata. Men facile cosa ancora sarebbe ammettere che l'agente non abbia voluto che esercitare, quantunque con mezzi illeciti, un diritto quando questo diritto fosse incerto o sformito di fondamento. Ha egli per contrario avuto in animo di operare, sotto il velo di quel credito, lo spoglio del suo debitore? Come mai la esistenza di tale credito potrebbe escludere la realtà della

(1) Bruss. 7 aprile 1815 e 5 agosto 1837; Giur. di Bruss. 1838, p. 103.

(2) Inst. de vi bon. rapt. § 1.

(3) L. 2, § 18, Dig. de vi bon. rapt.

(4) Decis. cass. 1 termid. anno 12.

(5) Decis. Parigi 15 aprile 1823.

(6) Decis. cass. 22 dicemb. 1808; Merlin Repert. vol. 5, sez. 1, N. 6.

sua azione? Come mai il titolo di creditore potrebbe metterlo al coperto della pena del furto? Del rimanente, noi abbiamo stabilita questa distinzione in materia del falso (1), la stessa regola si applica ad entrambe le ipotesi.

Quale è il carattere della frode costitutiva del furto? È mai necessario che l'agente abbia avuto la in enzione di appropriarsi la cosa altrui? Basta forse che abbia voluto spogliarlo?

La definizione del furto nella legge Romana esigeva, come elemento del reato, che il colpevole avesse avuto la intenzione di trarre vantaggio dal furto, *animum lucri faciendi* (2) la legge tenea minor conto del fatto che della sua causa impulsiva *nec epim factum quaeritur sed causa faciendi* (3). Da ciò la conseguenza che coloro i quali rubavano non per disegno di lucro ma per malvagità e per inferire un danno non andavano soggetti alla pena del furto: *unde eos qui tantum injuriae seu contumeliae inferendae vel damni dandi causa, non ut ipsi lucentur, alienas res auferunt, a furti vitio excusati sunt* (4). Non dimeno, non era necessario che il furto ridondasse a vantaggio dello stesso colpevole; se egli avea disposto a favor di un terzo dell'oggetto rubato il delitto avea pur vita: *et in furti tenetur qui ideo rem amovet ut eam alii donet* (5).

Il nostro Codice non ha mica riprodotta la restrizione della legge Romana; esso non richiede nella intenzione, onde è spinto l'agente, che un sol carattere, la frode; or, non lice fare distinzione ove la legge non distingue, ogni qualvolta dunque vi sia stata azione fraudolenta vi è furto, sia che l'autore della sottrazione abbia voluto appropriarsi l'oggetto rubato, sia che abbia soltanto avuto in mira di privarne il proprietario. Dovrebbe dunque tutt'altro decidere, come ha fatto la Corte di Cassazione pria di promul-

garsi il Codice Penale: « che la intenzione di spogliare il proprietario è sufficiente a costituire il furto, che non sia necessario di aversi avuta la intenzione di appropriarsi l'oggetto rubato; che non sia men vietato privare il proprietario di una cosa per darlo ad altri che per appropriarla a sé (6). » Ed invero, frustranea sarebbe qualunque distinzione tra le cause che hanno spinto il colpevole a toglier l'altrui; la sua reità è la stessa o che sia stato mosso dall'avidità o che lo sia stato dalla perfidia; in entrambi i casi il rubato ha bisogno della stessa protezione,

Così colui che per invidia spogliasse un individuo delle sue ricchezze per buttarle a mare andrebbe soggetto alla pena del furto. Di furto parimenti sarebbe colpevole colui che commettesse una fraudolenta sottrazione ancorchè ciò facesse col pensiero di dare in elemosina l'oggetto sottratto: *nec etiam furari liceat ad effectum faciendi elemosynam* (7).

È però mestieri che il proprietario sia stato spogliato: il disegno di nuocere se non va accompagnato da un fatto di spoglio non è sufficiente a costituire il delitto. Così, ad esempio, il togliere un oggetto, una inegna, non per rubarla ma per metterla in altro luogo, ancorchè questo fatto fosse accompagnato da intenzione di nuocere, non costituirebbe il delitto di furto (8), perchè non vi sarebbe stata sottrazione dell'oggetto rubato. Sarebbe questo il caso di applicare la sentenza di Paolo: *Qui furandi animo conclave effregit vel aperuerit, sed nihil abstulit, furti actione conveniri non potest; injuriarum potest* (9).

Gli antichi giureconsulti hanno disaminata la questione se l'estrema necessità debba escludere la intenzion criminosa e far svanire il delitto. Tale questione si è agitata a riguardo di coloro che sono stimolati dalla fame, indirizzati dal freddo e mancando di cibi e di vesti, rubano per sopperire a questi primi bisogni. La legge Canonica non dubitava di segnare una eccezione in lor favore: *Discipulos cum per segetes transeundo vellet et ederet ipsius, Christi vox innocen-*

(1) Ved. il nostro tom. 2 pag. 177. Ved. anche Farinacio, quist. 174, N. 20 e 21; Covarruvias, l. 1, resol. cap. 2, N. 15; Giulio Claro, § furtum N. 20.

(2) Inst. de obb. quae ex delict. nasc. § 1.

(3) L. 39, Dig. de furt.

(4) Voet, ad Pand. in tit. de furt. N. 3; Malteus, in tit. de furt. N. 7.

(5) L. 54, § 1, Dig. de furt. Farinac. quist. 168, N. 21 e 22.

(6) Decis. cass. 23 novoso anno 9, 30 giugno 1809.

(7) Glossa in lib. 54, § 1, Dig. de furt. Farinacio quist. 168, N. 11.

(8) Decis. cass. 22 mag. 1818. Dalloz, 28, 448.

(9) Can. 26, de consecr. dist. 5.

tes vocat, quia coacti fame hoc fecerunt (1). Da questo esempio essa deduceva questa regola: *quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum*. Farinaccio ammette la scusa in caso di estrema necessità, e ne adduce per motivo che chi ruba in quello stato ha potuto credere che il proprietario della cosa rubata gli avrebbe permesso di prenderla: *ut fur in toto casu propter necessitatem excusetur debet credere dominum rei furatæ permissurum* (2). La nostra antica giurisprudenza l'aveva del pari ammessa. Jousse (3) e Muryart de Vouglans (4) stabiliscono per massima che i furti commessi sotto lo stimolo di una estrema necessità non debbono esser puniti come furti. Da ultimo, molte legislazioni hanno proclamata questa scusa; l'articolo 166 degli Statuti della Carolina l'ha formulata in termini precisi, come del pari ne han fatto menzione gli articoli 1115 e 1133 del Codice Prussiano (a).

Ci si è già porto il destro di far notare che la nostra legge penale non ha adottato questa disposizione (5). La fame ed i bisogni della miseria possono attenuare il delitto ma non giustificarlo interamente. Se il furto mirava a soddisfare un bisogno reale, se il bisogno sia stata la causa impulsiva dell'azione, la reità si attenua perchè vi è luogo a presumere che il colpevole vi sia stato indotto non dalla sua perversità ma da una causa esterna e transitoria, alle cui forze non ha potuto resistere; ma il delitto non va interamente giustificato, perchè il bisogno, qualunque siasi, non distrugge i sensi morali dell'agente ed in conseguenza lascia sussistere la intenzione fraudolenta; perchè non può mai dirsi che un individuo, per quanto favore si meriti il suo stato, abbia il diritto di attentare alla proprietà altrui. La pena dunque debb'essere attenuata perchè questa circostanza modifica la reità del colpevole, ma è sempre una circostanza attenuante non già giustificativa del fatto. Tale dottrina era stata inse-

gnata da Matteo (6), Voet (7), e da Tiraquello (8); il primo di questi autori così si esprime: « *Ut crimen committi, etiam urgente penuria, fateamur; poenam tamen propter necessitatis vim delinquenti aut remittamus aut certe mitigemus* » (9).

Dalle precedenti osservazioni ne conseguiva che non vi sia furto senza intenzione fraudolenta; che questa intenzione sia un elemento necessario al delitto, e che essa ha vita ogni qual volta l'autore di una sottrazione ha voluto nuocere o ha saputo che occorreva, sia che egli abbia tratto profitto o cercato di trarre profitto dalla cosa involata, sia che abbia avuto per solo scopo di privarne il proprietario. È però mestieri che questa intenzione coincida con la sottrazione o si appalesi simultaneamente; perciocchè il furto è una sottrazione fraudolenta e perciò non vi è più furto se questi due elementi sieno disgiunti, e se la frode, ancorchè abbia seguita la sottrazione, non si sia però manifestata nell'atto stesso in cui avveniva questa sottrazione.

§ III.

Cosa altrui.

Se la sottrazione e la frode sono due elementi del furto non bastano però per costituirlo, vi è anche mestieri di un terzo elemento, è mestieri che la cosa sottratta fraudolentemente sia di proprietà altrui.

Ed in vero, chi sottrae la cosa propria non commette furto: *rei nostrae furtum facere non possumus* (10), perchè il furto è un attentato alla proprietà. Così, colui che avesse sottratto una cosa che gli appartiene, e che egli credeva appartenere ad un terzo, non commette mica un furto.

Come abbiamo visto, la legge romana non applicava questa regola che con certe limitazioni. Essa elevava a reato non solo il furto

(1) *Ibid.*

(2) Farinac. quist. 174, N. 68 e 69. Vedi anche Giulio Claro, § furtum, N. 24 e Tiraquello, de poenis temperandis, caus. 33.

(3) Tratt. delle quist. crim. tom. 4, pag. 256.

(4) Leg. crim. p. 279.

(5) Una simile disposizione sta scritta nell'articolo 463, n.º 4 ff. delle Due Sicilie.

(6) Ved. il nostro tom. 1, p. 254.

(6) Ad Pand. in tit. de furt. N. 7.

(7) In eod. tit. N. 8.

(8) De poenis temperandis, caus. 33.

(9) Damoder o, cap. 110, N. 88, p. 359 così si esprime: *Si enim necessitate famia non vero animo fraudolenter lucrandi, furtum factum sit, excusari certe potest. Non enim factum quaeritur sed causa faciendi, et necessitas sane non habet legem.*

(10) Pauli senten. l. 3, tit. 31, N. 21.

della cosa, ma il furto dell'uso e del possesso: *furtum vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionis*. Indi ne veniva che, in certi casi, quando il proprietario della cosa ne avesse alienato l'uso o il possesso, se avesse poi sottratto questa cosa potrebbe esser tradotto in giudizio come reo di furto. Così era del debitore che avesse sottratto al creditore la cosa datagli in pegno: *si quando suae rei furtum quis committit, veluti si debitor rem quam creditor pignoris causa dedit, subtraheret* (1).

Questa sentenza non può esser più applicata. Il pegno convenzionale procura al creditore una sicurezza per ricuperare il suo credito, ma la proprietà dell'oggetto dato in pegno non cessa di appartenere al debitore. È vero che questi ha trasmesso ad altri il possesso, ma la legge non punisce più i furti di uso e possesso; essa, come abbiain visto, non punisce che la sottrazione fatta per appropriar la cosa, non dichiara colpevole di furto che colui il quale sottrae fraudolentemente una cosa che non gli appartiene. Or, che fa il debitore quando invola la cosa già data in pegno? Egli non fa che traslocare la cosa propria; perchè non distrugge nè il diritto di pegno onde la cosa è affetta, nè il credito cui serviva di garanzia, egli dunque non commette furto.

La giurisprudenza ha confermata questa interpretazione. La Corte di Cassazione ha dichiarato: « che giammai in Francia, prima del nuovo Codice Penale, fu tradotto in giudizio e punito come colpevole di furto il debitore che avesse involato la cosa consegnata per pegno nelle mani del suo creditore; che l'articolo 379 del Codice Penale dichiara colpevole di furto chiunque abbia sottratto fraudolentemente una cosa che non gli appartiene; in conseguente è mestieri concludere che il debitore il quale ripiglia con vie di fatto ciò che ha dato in pegno al suo creditore, non commette mica furto, perciocchè l'oggetto dato in pegno non ha cessato di appartenergli.

La stessa Decisione si applica al debitore pignorato il quale distorna gli oggetti caduti in pignoramento e confidati o alla sua custodia o a quella di un terzo. Ed in vero, il pignoramento degli immobili di un debitore non

può riguardarsi che come un pegno giudiziario, (*pignus praetorium*), questo pignoramento non toglie la cosa dalla proprietà del debitore, ma soltanto dà al creditore una garanzia per la soddisfazione del suo credito. I mobili non escono dalla proprietà del debitore che per mezzo della vendita. Epperò, quando il debitore, dopo il pignoramento fatto in suo danno ad istanza del creditore, invola gli oggetti sequestrati, egli commette un'azione riprovevole, disobbedisce alla legge, ma siccome la cosa che invola è di sua proprietà così non commette furto. Questa fu anche la sentenza della Corte di Cassazione e fu in conseguenza di queste Decisioni che il legislatore ha sentito il bisogno di appianare una lacuna del Codice Penale. L'articolo 90 della legge dei 28 aprile 1832, che forma il secondo paragrafo dell'articolo 400 del Codice Penale (manca nelle leggi penali delle Due Sic.) dispone che « il debitore pignorato il quale distrugge, distorna, o tenta di distornare gli oggetti sequestrati e confidati alla sua custodia, sarà punito con le pene comminate dall'articolo 406. Sarà punito con le pene comminate dall'articolo 401 se la custodia degli oggetti sequestrati sia stata confidata ad un terzo. La distruzione degli oggetti sequestrati non può mai avere i caratteri di furto; quanto al distornamento, la legge distingue se la custodia degli oggetti sequestrati sia stata affidata al delittore oppure ad un terzo; nel primo caso lo qualifica abuso di confidenza, nel secondo dichiara che non è furto ma lo assimila al furto; ma la necessità di una disposizione speciale per pronunziare questo pareggiamento e per estendere l'applicazione dell'articolo 401 indica a sufficienza che trattasi di un reato speciale non già di un furto comune. Ed invero, che il debitore sequestrato sia o no scelto custode nulla cambia in rapporto alla proprietà degli oggetti sequestrati; questa proprietà continua sempre nel debitore; involando, anche fraudolentemente e furtivamente, degli oggetti che gli appartengono il debitore viola gli ordini della giustizia, lede gli altrui diritti, ma non commette alcun furto perchè non sottrae gli oggetti altrui.

Epperò la sottrazione, ancorchè fraudolenta, non costituisce furto se la cosa sottratta non è di proprietà di un terzo.

Da questa regola derivano molti corollari. Il primo si è che non possono formar ma-

(1) § 10 e 14, Inst. de obl. quae ex delict. nasc.

teria di furto le cose che non sono nella proprietà di alcuno.

Si distinguono : 1. Le cose che non hanno avuto giammai padrone, *res nullius*; 2. le cose abbandonate: *pro derelictis habitae*; 3. le cose che le acque depositano nei lidi o nelle rive.

La legge Romana attribuiva, con qualche distinzione, la proprietà delle cose perdute al primo occupante o a chi le avesse trovate (1). La nostra antica legislazione le attribuiva al fisco ed ai signori (2). L'art. 7 della legge dei 13—20 aprile 1791 dichiarò che i diritti di decadenza, d'albinaggio, di spoglie, di tesori trovati non vivevano più in favor dei signori, ma questa legge preservò tali diritti in favore del fisco. Gli art. 637 e 713 del Cod. civ. (464 ll. cc.) hanno confermato tale sistema, disponendo che i beni i quali non hanno padrone appartengono allo stato. Nondimeno, questa disposizione non è assoluta che a riguardo dei beni immobili, quanto alle cose mobili va soggetta a molte eccezioni. Così, in materia di caccia e di pesca il diritto di occupazione è formalmente riconosciuto dalla legge (3). Così ancora l'art. 716 del Cod. Civ. (636 ll. cc.) riconosce espressamente un diritto su i tesori in colui che li ha trovati. Da ultimo, l'art. 717 dello stesso Cod. (637 ll. cc.) dispone che i diritti su le cose perdute, delle quali non si presenta il padrone, sono governati da leggi speciali. Or queste leggi speciali non sono state pubblicate, nè si possono invocare le leggi precedenti perchè il diritto dei signori non è più in vigore, e in quanto al diritto del fisco trovava una evidente eccezione nello stesso articolo 717. Se dunque, nella incertezza di questa legislazione, vuolsi prendere a guida qualche principio certo debbesi far ricorso alle regole del diritto Romano onde non si è fatta che adottare quelle del diritto naturale. Così, le cose che non appartengono ad alcuno, le cose abbandonate e quelle delle quali non si presenta il padrone, possono diventare di colui che le ha trovate o prese. La conseguenza immediata si è che per queste cose non vi può esser furto.

Debbesi però fare una distinzione in rap-

porto alle cose perdute (4). Esse non possono dar luogo ad azione penale di furto quando chi le ha trovate siasi assicurato di non essere comparso il loro proprietario, quando lo ha cercato invano, e non le ha ritenute che dopo di esser riuscite infruttuose le indagini fatte: *qui pro derelicta rem jacentem occupavit, furtum non committit* (5); ed inverso, se la cosa fosse realmente abbandonata dal suo padrone chi la prendesse non sarebbe reo di furto ancorchè avesse avuto intenzione di rubare: *Quod si dominus id derelinquit, furtum non fit ejus, etiam si ego furandi animum habuerim* (6). Ma se la cosa fosse raccolta con la intenzione di appropriarsela, ed avesse un padrone ancorchè fosse ignoto, non potrebbe rinvocarsi in dubbio la esistenza del reato; questo è anche l'avviso di Ulpiano: *Qui alienum quid jacens, lucri faciendo causa sustulit, furti obstringitur, sive scilicet ejus sit sive ignoravit; nihil enim ad furtum minuendum facit, quod ejus sit ignoret* (7).

Questa dottrina è stata seguita dalla giurisprudenza. Un operaio aveva sottratto una somma in oro, di cui era ignoto il proprietario, che egli aveva trovato in un muro nella cui demolizione stava lavorando. La Corte di Cassazione ha ravvisato in questo fatto i caratteri di furto per i seguenti motivi: attesochè dall'articolo 379 ne siegue che la legge non guarda se non la mala fede in colui il quale si appropria una cosa che sia di non appartenergli; che può aversi il furto indipendentemente da ogni reclamo del legittimo proprietario, quando anche questo proprietario non fosse attualmente conosciuto, e quando anche avesse ignorato i diritti che aveva sulla cosa sottratta (8). »

Ai termini dell'art. 716 del Cod. Civ. (636 ll. cc.) colui che ha trovato un tesoro in fondo altrui ha diritto alla metà; da ciò però non ne siegue che chi l'appropria per intero sia esente dalle pene del furto, perciocchè egli si è reso colpevole del furto della metà che non gli appartiene. Così ha deciso anche la Corte di Cassazione pel motivo: « che colui il quale s'impadronisce fraudolentemente della totali-

(1) Inst. § 4 de divisione rerum.

(2) Ved. Proudhon. trat. del Dominio di proprietà N. 410 e seg.

(3) Art. 719 Cod. Civ.

(4) Ved. sopr.

(5) Pauli sent. lib. 3, tit 31, § 27.

(6) L. 43, § 5, Dig. de furtis.

(7) L. 43, § 4, dig. eod. tit.

(8) Decis. Cam. 29 maggio 1828.

tà di una cosa che gli appartiene soltanto per una parte, commette necessariamente un furto per la parte che non gli spetta (1). »

In certi casi, il diritto dell'occupante può dar luogo a delle difficoltà. Così, l'articolo 2 del decreto del 4 agosto 1789 dispone che i colombi sono riguardati come selvaggiume e che ognuno ha il diritto di urriderli nel proprio fondo. Da ciò ne consegue che in certi tempi, la uccisione e l'appropriazione di questi uccelli non può costituire alcun reato, ed in altri tempi questo stesso fatto costituisce furto. Questa distinzione fu ritenuta dalla stessa Corte di Cassazione la quale ha dichiarato: « che i piccioni di colombaje non sono dichiarati selvaggi dall'articolo 2 della legge del 4 agosto 1789 che durante il tempo nel quale, per disposizione dei regolamenti amministrativi, debbono esser tenuti chiusi; che fuori di questo tempo essi sono immobili per destinazione, giusta la espressa disposizione dell'articolo 524 Codice Civile, e perciò sono proprietà di quello cui appartiene il fondo ove sono costruite le colombaje; che in conseguenza, uccidere questi uccelli ed appropriarseli in tempi diversi da quelli in cui per disposizione di legge sono riputati selvaggi importa attentare all'altrui proprietà, rompere il delitto di sottrazione fraudolenta determinata dall'articolo 379 Cod. Pen. e punita dall'articolo 401 dello stesso Codice (2).

Anche fuori i tempi nei quali i colombi debbono star rinchiusi è permesso ai proprietari fittajuoli di urciderli per custodia dei loro seminati (3), ma da questo diritto non ne siegue che possano, dopo averli urcisi, appropriarseli in danno di quello cui appartengono. Il diritto naturale che ognuno ha di tutelare le sue proprietà legittime l'uso fatto delle armi per allontanare gli animali dannosi e distruttori, ma questo è un atto di difesa e non di caccia; questo diritto dunque cessa tosto che l'animale non è urciso, se il proprietario del campo se lo appropria: bisogna distinguere: se trattasi di animali selvaggi, il fatto prende i caratteri di caccia, se trattasi di animali domestici si trasforma in furto perchè gli animali domestici sono una proprietà; se l'uc-

urriderli per tutelare le proprie messi non si ha diritto di appropriarsi in danno del proprietario (4). »

Il diritto parziale che ha l'imputato nella cosa sottratta non esclude il furto, perchè anche appropriandosi una cosa che gli appartiene solamente in parte romette necessariamente il furto della parte che non è sua.

Questo principio, di cui abbiamo già veduto un'applicazione in rapporto ai tesori non poteva incontrare alcuna difficoltà nella specie seguente. Un proprietario aveva dato in fitto un giardino e ne aveva fraudolentemente sottratti i frutti: questo atto non poteva forse, come sosteneasi, dar luogo che ad un'azione civile? o piuttosto costituiva un furto? Il furto è evidente, poichè nel fitto si alienano i frutti del campo; se non si nega il contratto di fitto non si può negare che quei frutti non erano dell'imputato, non si può negare che questi si abbia appropriato una cosa che apparteneva al fittajuolo (5).

La questione però sembra più difficile quando l'imputato si trovi comproprietario della cosa sottratta sia come coerede, sia come socio.

Nel diritto Romano, il coerede che distorceva gli effetti di una successione non rometteva mira un furto: *rei hereditariae furtum non fit* (6), il legislatore aveva istituito contro questo fatto l'azione *expilatae hereditatis*. Ulpiano definiva tale azione in questi termini: *Apparet expilatae hereditatis crimen eo casu intendi posse quo causa furti agi non potest: scilicet ante aditam hereditatem, vel post aditam antequam res ab haerede possessae sint, nam in hunc casum furti actionem non competere palam est*. (7). La donna che avesse sottratto qualche oggetto dalla successione del marito non era soggetta nè all'azione di furto nè all'azione *expilatae hereditatis*: *uzor expilatae hereditatis crimine non accusatur, quia nec furti cum ea agi*

(1) Decis. Cass. 18 maggio 1827; Sirey, 27 1, 491.

(2) Decis. Cam. 20 sett. 1823, Daltor, 3, 258; Sirey, 24, 99.

(3) Art. 5 della leg. del 30 aprile 1790.

(4) Ved. in questo senso Decis. Douai, 30 dicembre 1851 (Giorn. del dr. crim. 1852, p. 135).

(5) Decis. Cass. 27 marzo 1807.

(6) L. 6, Dig. expilatae hereditatis.

(7) L. 2, § 1, D. g. eod. tit. Nondimeno nella legge 1, Dig. de effractoribus, stanno scritte queste parole: *expilatores qui anni atrociores fures*; da questa parola era sorta tra i dottori una grave controversia.

fur (1); essa non poteva esser molestata che con l'azione *rerum amolarum*.

« Nella vostra antica giurisprudenza non poteasi del pari intentar procedimento alcuno nè contro il conjuge superstite nè contro gli eredi che avessero sottratti gli oggetti della successione: « Questo privilegio, dice il signor Merlin, era fondato su quella specie di diritto che essi hanno su le cose sottratte e che dà luogo a presumere non aver avuto i sottrattori la intenzione di commettere un furto (2). » Jousse afferma che la pena contro il coerede il quale distornava gli effetti della successione, era 1° d'esser dichiarato erede puro e semplice; 2° d'esser privato d'ogni diritto sulle cose distornate (3). La pena ordinaria contro la vedova era d'esser privata del diritto di rinunciare alla comunione, e d'essere astretta a pagare tutti i creditori di questa comunione.

Si è fatta quistione se questi principi dovean continuare ad essere applicati, e la Convenzione, cui fu questa controversia sottomessa, con Decreto del 3 messidoro anno II si pronunziò per l'affermativa.

Può questa giurisprudenza dirsi adottata dal Codice Penale? Il sig. Bourguignon ha sostenuto l'affermativa pei seguenti motivi: 1. perchè la cosa ereditaria appartiene per una parte indivisa al coerede e l'articolo 379 non ammette furto che per le cose le quali appartengono ad altrui; 2. perchè l'art. 380 (455), che dichiara immuni dall'azion criminale per furto i conjugi, gli ascendenti, i discendenti e gli affini nello stesso grado, non è punto restrittivo; 3. perchè i principi dell'antico diritto su tale materia non furono espressamente abrogati da alcuna disposizione del diritto nuovo (4).

Noi ci avvisiamo che questa opinione non possa essere adottata. Primamente le regole della legge Romana e del nostro antico diritto non possono avere sul soggetto influenza alcuna, il Codice non le ha richiamate in vigore, quella eccezione trovasi dunque cancellata dal diritto comune. Inoltre, dal perchè la cosa ereditaria appartiene per una parte al coerede che se l'appropria, debbesi

forse conchiudere che questo oggetto, non essendo *cosa altrui*, non possa diventare materia di furto? Non rimane forse *cosa altrui* nella parte che non spetta all'erede sottrattore? Debbesi forse fare una distinzione tra il furto della *parte* di una cosa ed il furto della sua totalità? Come mai il diritto indiviso che ha l'agente sul terzo o quarto di questo oggetto può legittimare la fraudolenta sottrazione delle parti che non gli appartengono? Due obbiezioni possono esserci opposte; la prima è attinta dagli articoli 792 e 801 Codice civile i quali dichiarano eredi puri e semplici i coeredi che abbian distornati o nascosti gli oggetti della successione; questa decadenza è una specie di pena e da ciò s'inferisce la esclusione di qualunque altra penalità. Ma tale conseguenza è senza fondamento, la decadenza dell'erede dilapidatore dal beneficio dell'inventario è soltanto a titolo di restituzione dei danni interessi, e questa pena puramente civile non è di ostacolo all'esercizio dell'azion penale se la sottrazione ha i caratteri di delitto; la legge civile non si occupa che degli interessi civili nè ivi trovasi espressa qualche eccezione alle leggi penali. La seconda obbiezione poggia su i motivi di convenienza che hanno fatto interdire ogni azion penale per furto commesso tra conjugi, discendenti e ascendenti, si vuole estendere questa eccezione ai furti commessi da un coerede in danno dell'altro. La risposta stà nel testo dell'art. 380 (455) il quale non stabilisce un principio generale ma una eccezione; la sua disposizione non può dunque estendersi ad altre persone diverse da quelle.

Questo è anche l'avviso proclamato dalla Corte di Cassazione in due decisioni. Con la prima, questa Corte ha rigettato il ricorso di due coeredi condannati per furto degli oggetti della successione: atteso che la proprietà negli effetti mobiliari non esclude l'azion di furto per la fraudolenta sottrazione di questi effetti operata da uno dei comproprietari in danno degli altri (5), che se il pubblico decoro può in certi casi interdire questa azione

(1) L. 5, Dig. cod. tit.

(2) Rep. V. Vol. Sez. 2, § 4, art. 1.

(3) Tom. 4, p. 196.

(4) Giurisp. del Cod. crim. tom. 3, p. 565.

CHAUVEAU—TOMO III

(5) Le disposizioni del Codice Penale intorno al furto non possono essere applicate a degli eredi i quali chiamati ad una parte della successione hanno sottratto qualche mobile per loro uso personale nella ignoranza di un testamento che li escludeva dalla successione. Liegi, 16 aprile 1833; Giorn. di Bruss. 1833, 355.

a riguardo di certe persone, furono queste designate dall'art. 380 del Codice Penale; che le disposizioni di questo articolo non possono essere estese; che da ciò ne conseguita esser rimasta abolita ogni legislazione e giurisprudenza discordante da questi principi; che gli articoli 792 e 801 del Codice civile si riferiscono solamente agli interessi e alle istanze civili nè apportano modificazione alcuna ai diritti dell'azion pubblica e all'applicazione delle pene pronunziate dal Codice Penale; che la impugnata sentenza avea ritenuto in fatto esser stati i ricorrenti convinti colpevoli di tentativo di furto di una parte, degli oggetti della successione del padre, in danno degli altri coeredi, che perciò la sentenza non era andata in alcun errore applicando gli articoli 2 e 401 Codice Penale (1). « La seconda decisione, confermando questa dottrina, aggiunge che la disposizione dell'art. 380(355) è speciale e restrittiva; che se l'art. 883 del Codice civile fa rimontare gli effetti della divisione al giorno dell'apertura della successione, non se ne debbe inferire che uno dei coeredi possa, durante la indivisione, appropriarsi in danno degli altri, i frutti della comune eredità (2). »

Conseguenza di tale dottrina si è che debbesi distinguere la sottrazione commessa da un vedovo o vedova in danno degli eredi del conjuge premorto, dalla sottrazione commessa da alcuni coeredi in danno di altri coeredi. Nel primo caso, ai termini dell'art. 380 (355), non vi è azion penale; nel secondo caso è aperta l'azion penale purchè l'eredità, in danno di cui siasi commessa la sottrazione, non sia ascendente o discendente dell'erede sottrattore.

A ragion più forte i soci non possono invocare alcuna eccezione allorchè sono tradotti in giudizio per furto commesso in danno di altro socio. La Legge romana non aveva loro estesa la disposizione statutata in favor degli eredi; il testo di Ulpiano è così espresso. *Si Socius communis rei furtum fecerit (potest enim communis rei furtum facere) indubitate dicendum est furti actionem competere* (3). Solamente essa stabiliva una specie

di presunzione in suo favore, presunzione dedotta dal diritto che egli aveva sulla cosa sottratta: *Sane plerumque, credendum est eum qui partis dominus est, jure potius suo uti quam furti consilium inire* (4). Jousse insegna del pari che il socio non ha gli stessi riguardi del conjuge; perciocchè, se egli sottrae fraudolentemente gli oggetti della società, commette un furto e può esser perseguito coll'azion penale. « Intanto lo stesso autore aggiunge: Secondo la nostra consuetudine il socio che distornasse gli oggetti della società non sarebbe punito con la pena ordinaria, del furto ma con pena arbitraria (5). » Muysart de Vouglans, va più oltre ed opina che, eccetto il caso di un furto evidente, l'azion penale non è ammessa contro il socio per le sottrazioni fatte degli oggetti della società (6). Questa dottrina non è giustificata da alcun ragionevole motivo, e d'altra banda l'articolo 379 non consente farsi alcuna distinzione. Il socio che sottrae un oggetto della società commette un vero furto in danno del suo consocio; e non potrebbe in suo favore invocare nè anche le riflessioni che si deducono allorchè trattasi di furto commesso tra coeredi. La Corte di Cassazione è andata in questo avviso decidendo che il socio il quale, per mezzo di una doppia chiave che conservava secretamente, sottrae fraudolentemente dei vini appartenenti ad una società si rende colpevole di furto (7).

Così, la regola che richiede, come elemento del furto, che la cosa sottratta appartenga ad altri non distingue se questa proprietà sia totale o parziale; perchè si abbia il delitto è sufficiente che una parte di questa cosa appartenga ad un terzo; il colpevole non può eccepire la questione di proprietà, se questa eccezione non comprende la proprietà dell'intera cosa sottratta.

È chiaro che quante volte l'imputato deduca in sua difesa esser di sua proprietà l'oggetto sottratto, questa eccezione costituisce una questione pregiudiziale, perciocchè se essa è ben fondata il delitto svanisce interamente. Ma quale è la giurisdizione competente a pronunziare su tale eccezione? Quella che trovasi adita per la imputazione. In ge-

(1) Decis. cass. 4 marzo 1818; Dalloz, 28, 394; Sirey, 18, 189.

(2) Decis. Cass. 27 febb. 1836; Sirey, 36, 326.

(3) L. 45, dig. de furtis; l. 45, Dig. pro Socio.

(4) L. 51, Dig. pro socio.

(5) Dom. 4; p. 195.

(6) Leg. crim. p. 284.

(7) Decis. Cass. 3 nov. 1808.

nerale, come abbiamo cennato nel capitolo della *bigamia*, il giudice rivestito del diritto di pronunziare sulla esistenza del reato ha la facoltà di valutare tutti i fatti costitutivi questo delitto, e di pronunziare su tutte le quistioni che vi si rannodano. Questo principio patisce qualche eccezione: tali sono le quistioni relative allo stato dei figli, alla proprietà degli immobili. Ma se l'eccezione di proprietà non riflette che un oggetto mobiliare, la quistione pregiudiziale rientra nelle attribuzioni del giudice criminale, perchè la sua competenza a giudicare del delitto gli dà facoltà a conoscere di tutte le eccezioni proposte come mezzi di difesa, e questo principio non subisce alcuna eccezione a riguardo degli oggetti mobili. La giurisprudenza è uniforme a questa dottrina. Un imputato di furto aveva allegato in sua difesa che l'oggetto mobile da lui sottratto era di sua proprietà; dichiarato colpevole e condannato sostenne, in appoggio del suo ricorso, che la eccezione di proprietà avrebbe dovuto esser decisa dal tribunale civile, ma la Corte di Cassazione rigettò questo mezzo di annullamento con la seguente considerazione: « Attesochè la eccezione non avendo per oggetto che un oggetto mobile doveva esser valutata e giudicata dal tribunale competente a pronunziare sull'accusa del furto (1). »

La quistione pregiudiziale può aver per oggetto di sostenere che gli oggetti sottratti non appartenevano ad alcuno, che erano oggetti abbandonati. Evidentemente a questa ipotesi debbesi applicare la stessa sentenza. Questo fu anche l'avviso della Corte di Cassazione la quale ha dichiarato: esser principio generale che ogni giudice competente a statuire sulla causa per la quale è adito è competente anche a giudicare delle quistioni che incidentemente si elevano in questa causa, ancorchè queste quistioni non fossero di sua competenza ove venissero proposte in linea di dimanda principale; che questa regola non patisce altre eccezioni fuori di quelle risultanti da una espressa disposizione di legge; che nella specie, la Corte di Riom essendo competente a giudicare del delitto di fraudolenta sottrazione addebitata al ricorrente, era del pari competente a pronunziare sulla eccezione, opposta all'azione penale, con la quale sosteneva-

si che la somma di oro, essendo una cosa abbandonata o perduta, apparteneva all'imputato che l'aveva trovata; che una simile eccezione, versando su di un oggetto mobile, non poteva formar materia di una quistione pregiudiziale di proprietà su cui avessero dovuto preliminarmente statuire i tribunali civili (2). »

Il principio per noi fin qui sviluppato patisce due eccezioni. La sottrazione della cosa altrui cessa di essere elemento di furto: 1. quando il proprietario di questa cosa abbia egli stesso consentito a questa sottrazione; 2. quando l'autore del furto sia conjuge, ascendente o discendente dalla persona in danno di cui il furto sia stato commesso.

È chiaro che se la cosa sia stata presa col consentimento di quello cui apparteneva non vi è furto; *furtum fit cum quis alienam rem invito domino amovet* (3). E per fermo, questo consentimento quando sia noto allo agente allontana da lui ogni idea di frode: *nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt* (4). Così tutti gli autori hanno costantemente insegnato che una delle condizioni essenziali del furto sia che venga commesso contro la volontà del proprietario, *invito domino*. Questo principio trovasi implicitamente compreso nell'articolo 379 del Codice penale, il quale richiede che la sottrazione della cosa altrui sia fatta fraudolentemente, e perciò la Corte di Cassazione ha dichiarato: che non può esservi luogo all'applicazione degli articoli 379 e 401 se non quando la cosa tolta ad altrui sia stata sottratta cioè presa contro il consentimento del proprietario (5). »

Così, quando la volontà del proprietario si è manifestata, quando si è volontariamente spogliato della cosa, quantunque siesi a ciò indotto da fraudolente macchinazioni, o da una fiducia della quale il colpevole ha di poi abusato, questi appropriandosi la cosa può rendersi colpevole sia di scrocco, sia di abuso di confidenza ma non commette mica un furto, perchè non ha sottratto la cosa contro il consentimento del proprietario.

Possono però su tale soggetto presentarsi

(1) Decis. Cam. 11 aprile 1817.

(2) Inst. lib. 4, de oblig. quas ex delict. na. can. § 6.

(3) L. 145 Dig. de regalis juris.

(5) Decis Cass. 10 nov. 1855.

(1) Decis. Cass. 11 aprile 1817.

due ipotesi. Il proprietario della cosa rubata può dare questo consentimento anche all'insaputa dell'autore del furto; e d'altra banda, costui può toglier la cosa nella sincera, quantunque erronea persuasione, che il proprietario assentisca che la cosa sia pre-a.

In questo ultimo caso, come abbia notato in sviluppare le circostanze rostitutive della frode, non vi è furto; se l'agente in buona fede è persuaso che il proprietario acconsente che la cosa sia tolta, non commette che un errore: *Is solus fur est qui obstrictavit quod invito domino se facere scribit* (1).

Debbesi forse estendere la stessa dottrina alla prima ipotesi? Suppongasi che il proprietario di un campo vegga degli individui coglierne i frutti e portarli via, e che mosso da un sentimento di beneficenza li lasci andare. Questo segreto consentimento vale forse a cangiare il carattere del fatto? Criminosa nella intenzione de' suoi autori diventa forse l'azione tutta a un tratto innocente per la tacita approvazione che le dà quello in danno di cui è commessa? gli antichi autori rispondevano affermativamente (2). Ma la loro dottrina aveva per unico appoggio quel testo degli Istituti: *sed etsi credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volenti id fiat, dicitur furtum non fieri* (3). Or questo testo non prevede che una sola ipotesi, l'abuso che il commodatario crede fare della cosa commodata quando il commodante acconsente all'uso che egli ne fa, in questo solo caso la legge romana dichiarava non esservi furto. Ma per principio generale essa non attribuisce al tacito consentimento del proprietario la forza di cancellare il delitto: *Si ego me invito domino facere putarem, cum dominus vellet, an furti actio sit, et ait Pomponius furtum me facere* (4). Questa decisione debb'esser tuttora adottata. Quando nel furto concorrono tutti gli elementi di reità richiesti dalla legge essa non può modificarsi e perdere i caratteri di reato per una circostanza esterna ignota al suo autore. Questo ha realmente sottratto la cosa altrui; la sussecativa intenzione del proprietario di abbandonargli questa cosa non è sufficiente a trasmetter-

gliene la proprietà; e poi, quantunque questa proprietà gli fosse trasmessa, tale trasmissione sarebbe posteriore alla sottrazione, non potrebbe dunque avere alcuna influenza sul reato.

Del rimanente, delibonsi fare due osservazioni: non sarebbe sufficiente che il proprietario dichiarasse, dopo consumato il furto, che egli avea precedentemente donata la cosa a chi se l'ha tolta; sarebbe mestieri avvalorare quest'asseriva con le più precise prove, ed accertare la data della donazione. In secondo luogo, la dichiarazione del proprietario, quando fosse posteriore alla sottrazione non potrebbe avere altro effetto che di estinguere l'azione civile, non dipende da lui estinguere l'azione pel reato abbandonando la sua proprietà: il delitto può aver vita indipendentemente da qualunque danno, la sua repressione non è subordinata alla querela della parte offesa.

La sottrazione della cosa altrui cessa, per una seconda eccezione, d'essere un elemento di furto allorchè l'autore del reato è il con-
juge, l'ascendente, il discendente della persona in danno di cui il furto fu commesso.

Il primo § dell'art. 330 (455 II. p.) è così concepito: Le sottrazioni commesse dai mariti in danno delle mogli, dalle mogli in danno dei mariti, dai vedovi sulle cose appartenenti al con-
juge trapassato; dai figli o altri discendenti in danno dei padri, madri o altri ascendenti, da questi in danno dei figli o altri discendenti, o dagli affini nello stesso grado non potranno dar luogo che a riparazioni civili.

La esposizione dei motivi spiega tale eccezione in questi termini: i legami tra queste persone sono così intimi che non è convenevole cosa incaricare il Pub. Ministero a scrutare, per causa d'interessi, i segreti delle famiglie che forse non dovrebbero esser giammai disvelati; che sia di estremo pericolo spingere una accusa criminale contro fatti nei quali è assai difficile scernere la linea che separa la mancanza di delicatezza dal vero delitto; che non sia prudenza che il Pub. Ministero possa provocare delle pene il cui effetto non si limiterebbe soltanto a spargere il terrore tra i membri della famiglia, ma potrebbe essere perpetuo fomite di odj e dissension.

Tale dottrina è consona anche alla legge Romana. Gli Istituti l'avevano dichiarata e-

(1) L. 46, § 7, Dig. de furtis.

(2) Farinac. q. 178, n. 138; Damudero, cap. 112, n. 16.

(3) Inst. de obb. quae ex delicto nascunt. §. 8.

(4) L. 46, § 8, Dig. de furtis.

spressamente: *Qui in parentum vel dominorum potestate sunt, si rem eis subripiunt, furtum quidem illis facient, et res in furtivam causam eadit; sed furti actio non nascitur, quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci* (1). La stessa regola trovasi nel Digesto tanto in riguardo a figlii (2) quanto in rapporto ai congiunti (3). Da ultimo, il Codice prescrive egualmente che il marito non possa, in caso alcuno, esercitare contro sua moglie, l'azione di furto: *Maritus propter matrimonij pudorem, non furti sed rerum amotarum actionem habet* (4).

Necessaria cosa si è di fissare il vero carattere di questa sottrazione. Debber esser forse riguardata come un furto cui il legislatore condona la pena senza cancellare la realtà? Debbesi forse per contrario non vedervi che un atto materiale riprovevole ma non improntato del marchio di delitto? Tale questione è di alta importanza; perciocchè se la sottrazione commessa tra parenti ha caratteri di furto, ancorchè la legge la sottragga all'azione penale, ne conseguita che essa può diventare circostanza aggravante di altro reato, ad esempio, dell'omicidio commesso dal genero in persona del suocero; e dar luogo, pel concorso di questi due reati, alla pena capitale.

Tale è la dottrina della Corte di Cassazione. In un'accusa di omicidio imputato ai figli in persona del proprio padre la Camera di accusa della Corte di Poitiers avea creduto di non dover riguardare come circostanza aggravante la sottrazione onde era stato accompagnato l'omicidio. Avendo il Pub. Ministero prodotto ricorso, tale decisione fu annullata per le seguenti considerazioni: attesochè le eccezioni statuite dall'articolo 380 (455) per impedire l'esercizio dell'azione pubblica non sono applicabili che nei casi ove il furto costituisce l'oggetto principale della imputazione e non già a quelli nei quali il furto è un accessorio, come nei casi preveduti dall'articolo 304 del Codice Penale, poichè

allora il furto che ha preceduto, accompagnato o seguito l'omicidio non è soltanto un reato comune col misfatto di omicidio ma sibbene una sua circostanza aggravante, perchè dà luogo ad aggravazione di pena; da ciò ne conseguita che l'articolo 304 contiene del le disposizioni generali che non possono esser modificate dalle eccezioni statuite nell'articolo 380 del Codice, le quali debbono essere applicate restrittivamente al fatto di furto accompagnato da ogni altro reato. Questa decisione debb'esser forse adottata, e essa consona al vero spirito dell'art. 380 (455)?

Questo articolo non si limita a sottrarre all'azione penale le persone ivi designate, ma cancella lo stesso reato. Ed in vero, la sua disposizione ha per motivo il timore di propagare i segreti delle famiglie ed intorbidare la loro unione, ma poggiasi anche ad altro principio. Tra i congiunti, tra gli ascendenti e discendenti, i limiti della proprietà nell'attinenza tracciati agli occhi della legge non lo sono così nella realtà. Vi è tra loro, non diremo una comproprietà, ma uno scambievole diritto alla loro individuale proprietà, diritto che quantunque non abbia una vita legale pure esercita una evidente influenza sul carattere delle sottrazioni. La cosa che l'agente sottrae non è in senso assoluto *cosa alterius* quando questa appartiene al suo padre, al suo figlio, alla sua moglie; perciocchè questo oggetto appartiene alla famiglia di cui è membro, e questa famiglia è un essere collettivo di cui egli fa parte. La sua realtà si attenua per questa specie di comunione onde sono in certo modo confusi i diritti di ciascuno. Dunque l'impedimento all'esercizio dell'azione penale poggia non solamente sopra convenienze sociali ma sopra una modificazione dei caratteri dello stesso fatto. *Ne cum filio familiæ pater furti agere possit, non juris constitutio sed natura rei impedimento est* (5).

Molti autori hanno addotto lo stesso motivo per base di questo principio. Così Matteu, dopo aver stabilito che i padri non possono intentare contro i figli azione di furto, ne dà per ragione il diritto di comproprietà di ciascuno di loro: *Quia viro quoque parente, dumini existantur et participes parentum* (6). Muzart de Vooglans parimente spiega il prin-

(1) Inst. de obl. quas ex delict. nas. § 12.

(2) L. 16, Dig. de furt.

(3) L. 1, Dig. de actione Rerum amotarum: *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est aduersus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse, quibusdam excoismentibus ne quidem furtum eam facere.*

(4) L. 22 Cod. de furtis et seruo corrupto.

(5) L. 16, D. g. de furtis.

(6) De crim. li. tit. de furt. N. 12.

chè l'azione pubblica rimane inerte in questi casi, e così si esprime: « perchè queste qualità (di moglie e figlio) danno una specie di dritto sulle cose sottratte (1). » Il sig. Faure era penetrato di questa ragione quando nella esposizione dei motivi diceva: Sarebbe di grave pericolo spingere un'accusa criminale contro fatti nei quali è difficilissima cosa scernersi la linea che separa la mancanza di delicatezza dal vero delitto. » Epperò, propriamente parlando, la sottrazione non cade sopra cose altrui, quindi manca al reato uno de'suoi elementi.

Questa dottrina trovasi confermata dallo stesso testo dell'articolo 380. E per fermo, questo articolo addiziona semplici sottrazioni e non furti gl'involamenti commessi o tra i congiunti o tra gli ascendenti e discendenti. Perchè questa inusitata espressione se il legislatore in questi involamenti vedeva realmente dei furti, se non voleva che impedire la sola azione penale? D'altra banda, in spiegare fra poco il secondo paragrafo dello stesso articolo, vedremo che i terzi, estranei alla famiglia, i quali hanno cooperato per ajuti o assistenza a tale sottrazione non sono soggetti ad alcuna pena perchè manca il reato principale; e se questi cooperatori hanno tratto vantaggio dalla sottrazione o ne hanno ricattati i frutti non sono puniti come complici ma come autori principali di furto. La legge dunque in questi casi non si limita a statuire una immunità di pena, ma cancella lo stesso reato.

Facciamo ora ritorno alla decisione della Corte di Cassazione. Essa stabilisce che le sottrazioni commesse tra i congiunti, tra gli ascendenti e discendenti debbono riguardarsi come circostanza aggravante dell'omicidio nei casi dell'articolo 304. Ma questo articolo richiede espressamente che l'omicidio abbia avuto per oggetto la esecuzione di un fatto qualificato reato. Or, le sottrazioni previste dall'articolo 330 non hanno questo carattere; e la legge non solamente le fa immuni d'ogni pena ma toglie loro il carattere di delitto, esse dunque non possono, giusta il significato e i termini dell'articolo 304, diventare una circostanza aggravante dell'omicidio.

Si obietta che le eccezioni statuite nell'ar-

ticolo 380 sono applicabili nei soli casi in cui il furto forma l'oggetto principale della imputazione e non a quelli nei quali è un semplice accessorio. Ma la legge dichiara testualmente che queste sottrazioni non possono dar luogo che a risarcimenti civili: come potrebbero dunque elevarle a reato? che monta che esse sien colpite come reato principale o come circostanza aggravante d'un altro reato? Come ammettere che lo stesso fatto si trovi ora garantito dalla protezione della legge, ora abbandonato all'azione pubblica? in un caso immune d'ogni pena ed imputazione, in altro riguardato come elemento della più grave tra le pene? Invano tentasi, con delle sottigliezze respinte dalla legge, far distinzione tra il furto e la circostanza aggravante? Quale è questa circostanza aggravante, se non il furto? Inoltre, l'art. 380, essendo una eccezione alle regole generali del furto, non ammette nuove eccezioni nei casi da esso preveduti. Suppongasi che il furto commesso da un figlio in danno del padre, da un marito in danno della moglie, sia accompagnato da violenze, percosse o ferite. Queste violenze e queste ferite potrebbero andar soggette a pena ove costituissero dei fatti distinti, dei reati *aut generis*, ma il furto rimarrebbe in tutti i casi al coperto d'ogni procedimento penale. La stessa Corte di Cassazione non ha potuto dissentire intorno a ciò (2); e per fermo, certa cosa si è che l'accessione di una circostanza estranea al fatto della sottrazione non potrebbe modificare i motivi che hanno fatto gettare un velo su queste sottrazioni per asconderle agli occhi della giustizia. Or, per quale motivo dovrebbe il reato di furto reviviscere sol quando fosse accompagnato da omicidio, e non quando fosse accompagnato da ferite o violenze? Perchè in questo caso chiudere gli occhi sul furto e non punire che le violenze, e riguardarle poi nel primo caso come elemento di altro misfatto? Come giustificare una tale contraddizione di principio, come giustificare la loro applicazione mentre nessun testo la prescrive? (a)

(2) Decis. Cass. 26 luglio 1811.

(a) Questa opinione dei nostri autori è espressamente contraddetta dal testo dell'art. 455 II. p. delle Due Sicilie. In esso articolo, dopo essersi dichiarato che per le sottrazioni e poi danni qualunque alle proprietà commessi tra quelle persone non

(1) Leg. crim. p. 283.

A noi dunque pare indubitata cosa che le sottrazioni commesse sia tra i congiunti, sia tra gli ascendenti e discendenti non costituiscono alcun reato, e non possono giammai diventare elementi di alcuna pena o che queste sottrazioni sieno riguardate come delitto principale, o come circostanza accessoria di un altro delitto, o che sieno accompagnate da circostanze aggravanti, o che sieno esse tenute come circostanze aggravanti di un misfatto qualunque. Fermo questo principio è mestieri percorrere la sfera entro la quale si agitano le eccezioni statuite dall'art. 380 (455).

Primamente questo articolo non si applica che alle *sottrazioni* commesse in danno delle persone che vi son enunciate, e siccome la sua disposizione forma una eccezione al diritto comune, ne conseguita che essa è limitativa e non può essere estesa a fatti d'altra natura. Questo principio fu sanzionato dalla Corte di Cassazione (1).

Indi ne conseguita che tutti i reati per avventura commessi contro la stessa persona, come ad esempio le violenze quando anche avessero in mira un attentato alla proprietà, non dovrebbero esser compresi negli stessi termini dell'eccezione, perciocchè questa è limitata ai soli attentati alla proprietà.

Ne conseguita ancora che se l'autore della sottrazione per recarla ad effetto avesse adoperato un mezzo, che costituisce reato indipendentemente dalla sottrazione, questo reato rimarrebbe sotto l'impero del diritto comune. Epperò la Corte di Cassazione ha giudicato

che le disposizioni dell'art. 380 (455) non si applicano al caso in cui la sottrazione sia stata commessa per mezzo di una falsità: « attesochè il reato di falso è stato dal Cod. Pen. collocato nel capitolo dei misfatti e delitti contro la pace pubblica, mentre l'art. 380, relativo alle sottrazioni commesse da parenti in danno di altri parenti, è collocato nel capitolo dei misfatti e delitti contro i particolari, e le disposizioni eccezionali di questo articolo non possono estendersi al di là dei casi da esso preveduti; che il reato di falso esiste indipendentemente dall'oggetto che il suo autore ebbe in mira; da ciò ne conseguita che, avendo la impugnata Decisione dichiarato non applicabile l'art. 380 (455) ad un accusato convinto di falsità in pubblica scrittura, ha sanamente interpretato questo articolo (2).

Ma potrebbsi mai dir lo stesso dei fatti di abuso di confidenza, di scrocco commessi da un conjuge in danno dell'altro, dai figli in danno dei loro ascendenti? La ragione del dubbio nasce dal perchè l'art. 380 (455) non menziona che le *sottrazioni*, e nell'abuso di confidenza o scrocco il delitto non stà solamente nel *sottrarre ma nel dissipare o farvi rimettere*. Impertanto, questa restrizione sarebbe evidentemente contraria allo spirito della legge; gli stessi motivi che impediscono l'esercizio dell'azione penale nei casi di simili sottrazioni si applicano al procedimento contro l'abuso di confidenza e lo scrocco; e forse anche in questi ultimi reati tali motivi sono più potenti perchè vi è più difficoltà a distinguere i limiti che separano la mancanza di delicatezza dal vero delitto, e gli intimi legami che passano tra i conjugi, gli ascendenti e discendenti non permettono farli le debite indagini per gli elementi di tali reati. Questo pare che sia stato il pensiero del legislatore: Questo principio, porta la esposizione dei motivi, stà nel rigettare l'azione pubblica e non ammettere che l'azione privata, cioè a dire, l'azione per *danni interessi a riguardo di ogni specie di frode* commessa tra quelle specie di congiunti. Epperò, fu mente del legislatore estendere l'art. 380 (455) a tutte le frodi, a tutti i delitti che tengono a quistioni d'interessi; esso volle, quando il delitto non attenta che la proprietà senza attaccare le persone o minacciare la pace pubblica, spegnere con l'azione del

vi è azione penale, si soggiunge nell'ultimo paragrafo: « Se però tali danni sieno stati accompagnati da omicidio, ferita, percossa o sequestro della persona, queste circostanze distruggeranno l'effetto del favore accordato alla qualità di congiunto e sarà applicata la pena stabilita dalle leggi.

Ed a meglio riflettere la idea che queste circostanze non cangiano la natura del fatto, non distruggono la sua realtà ma solo impediscono, per meri riguardi personali, l'esercizio dell'azione penale, il legislatore ha aggiunto l'art. 456 per applicare espressamente a questo caso il principio generale dell'art. 76, per dichiarare che il favore dell'articolo precedente non si estende ai complici. Se dunque i complici di queste sottrazioni vanno soggetti a pena ne siegue che esse costituiscono reato, perciocchè non vi può esser complicità punibile in un fatto che non abbia i caratteri di reato. (Edit. Nap.)

(1) Decis. cass. 14 marzo 1818; Daloz, 23, 384; Siry, 18, 189.

(2) Decis. cass. 17 dicembre 1849.

l'azion pubblica, un fomite di dissenzioni e di odii, e questo motivo si applica allo scrocco, agli abusi di confidenza, forse a più buon diritto che al furto. In coerenza di tale interpretazione la Corte di Cassazione ha giudicato che le degradazioni e distruzioni di edifici dolosamente commesse dal marito sulle proprietà della moglie non potevano dar luogo che a riparazioni civili (1).

Le persone che possono invocare il beneficio dell'art. 380 (155) sono in esso designate; questa designazione è restrittiva, perciocchè il secondo paragrafo aggiunge: quanto a tutti gli altri individui essi saranno puniti come colpevoli di furto. Così, la Corte di Cassazione a buon diritto ha deciso che il furto commesso da un fratello in danno de' suoi fratelli, da un erede in danno de' suoi coeredi poteva andar soggetto ad azion penale (2) (a).

Ma le sottrazioni commesse dal patrigno in danno de' suoi figliastri, ancorchè ciò avvenga dopo la morte della loro madre, vanno garantite dai termini dell'articolo 380 il quale comprende le sottrazioni commesse dai padri, dalle madri o altri ascendenti, e dagli affini nello stesso grado; or, come risulta dagli art. 161 e 162 Cod. Civ. (158 e 160 II. cc.) 283 e 378 Cod. di Proc. civ. (378 e 470 II. p. cc.) il legame di affinità stabilito dal matrimonio tra uno dei coniugi e i figli del primo letto dell'altro conjugue non è disciolto dalla morte di costui, non v'ha dubbio adunque che il marito possa, anche dopo la morte di sua moglie, invocare il beneficio dell'articolo 380, per le sottrazioni commesse in danno dei figli del primo letto. Questa dottrina trov. si confermata dalla Corte di Cassazione (3).

L'articolo 380 enuncia in generale le sottrazioni commesse dai figli in danno dei loro padri, delle loro madri o altri ascendenti; delibbonsi forse comprendere in questa espressione i figli adottivi? La questione debbesi evidentemente risolvere per l'affermativa, perciocchè essi hanno gli stessi diritti e sono membri della famiglia nello stesso modo che i figli legittimi. L'art. 299 del Cod. Pen. (353 II. p.) non lascia dubbio alcuno intorno a ciò; esso pareggia i figli legittimi, naturali o adottivi per applicar loro la pena del parricidio; questo pareggiamento debbe dunque valere quando trattasi d'includerli nel beneficio dell'art. 380 (155); ma questo privilegio non si estende che alle sottrazioni commesse in danno dei padri o delle madri, perciocchè la finzione dell'adozione non può rimontare agli altri ascendenti. Quanto ai figli naturali, debbesi loro applicare la distinzione che noi abbiamo fatta a loro riguardo trattando del parricidio; se essi non furono riconosciuti il vincolo del sangue è incerto, non possono dunque invocarlo come una scusa. Così, la Corte di Cassazione ha deciso che l'imputato non possa esser sciolto dall'azion penale, sotto pretesto che la sottrazione sia stata commessa in danno della sua madre naturale, quando il riconoscimento non è provato con alcuno degli atti richiesti dalla legge civile (4). Se per contrario furono riconosciuti, evidentemente vanno compresi nei termini dell'articolo, poichè la legge non facendo alcuna distinzione debbesi tenere che si estenda a tutti i figli che sono membri della famiglia. Ma la eccezione si limita alle sole sottrazioni commesse in danno dei padri e delle madri; perciocchè il legame di famiglia dei figli naturali si restringe, come per i figli adottivi, ai soli padre e madre che li hanno riconosciuti. Questo avviso fu seguito dalla Corte di Cassazione la quale ha dichiarato: che la eccezione stabilita nell'articolo 380, relativamente alle sottrazioni fraudolente commesse tra i parenti in linea retta, evidentemente non è stata fatta dal legislatore che in riguardo dei legami di famiglia onde sono vincolati tali parenti; che dall'articolo 756 del Codice civile risulta non riconoscer la legge legami di famiglia per i figli naturali se non rispetto ai padri e alle madri che li abbiano riconosciuti; che secondo questo princ.

(1) Decis. Cass. 26 piovoso anno 23.

(2) Decis. Cass. 14 marzo 1813.

(a) Il secondo paragrafo dell'art. 435 II. p. de' le Due Sicilie garantisce dall'azion penale anche i fratelli ed altri in secondo grado. Esso è così concepito: « La stessa regola sarà osservata se i danni sieno stati commessi tra i collaterali in secondo grado, o tra gli affini nello stesso grado; purchè questi collaterali o affini convivano insieme.

(3) Decis. Cass. 30 dicembre 1820. Il furto commesso in danno di un vedovo che non abbia avuto figli dalla madre di colui che commise il furto non va soggetto a pena — Corte d'Asses del Brabant, Decis. del 19. nov. 1839, Giorn. di Bruss. 1841, p. 233.

(4) Decis. Cass. 25 luglio 1834.

pio, l'art. 299 del Codice Pen. (353 ll. p.) dopo aver qualificato parricidio l'omicidio volontario dei padri, delle madri legittime, naturali o adottive, non dà la stessa qualificazione che all'omicidio volontario degli altri ascendenti *legittimi*; che da ciò ne conseguiva esser dei veri furti le sottrazioni commesse dai figli naturali in danno degli ascendenti dei loro genitori, e però soggetti alle pene pronunziate dalle legge contro questa specie di misfatti e delitti (1).

Rimane ora a far parola dei complici di queste sottrazioni. Noi abbiamo stabilito il principio che non vi è complicità senza un reato principale cui questa complicità si rapporti. Epperò l'amnistia cancellando il reato garantisce necessariamente tutti i complici del reato sudetto; così, coloro che hanno dato mano alla esecuzione di un suicidio sono al coperto di ogni azione penale, perchè nessun testo della legge penale ha collocato il suicidio nel novero dei reati.

Da ciò ne conseguiva che, in tesi generale, le sottrazioni commesse tra i coniugi e tra gli ascendenti e discendenti non possono aver complici perchè non costituiscono delitti; or, come infliggere una pena alla cooperazione prestata per la esecuzione di un fatto che non costituisce reato? (a)

Il Codice Penale ha espressamente proclamato tale principio applicandolo a questa stessa materia. Ciò risulta dai termini del secondo paragrafo dell'articolo 380 così concepito: In quanto a tutti gli altri individui che avessero ricettato o rivolto a loro prò tutto o parte degli oggetti rubati saranno puniti come colpevoli di furto. *

Così la legge non punisce in generale i complici delle sottrazioni; essa limita la sua sanzione a coloro che hanno ricettato o rivolto a loro prò tutto o parte degli oggetti sottratti; essa implicitamente esclude la qualificazione di complice, perciocchè punisce coloro che hanno tratto profitto dagli oggetti rubati, non come complici, ma come rei di furto.

(1) Decis. Cass. 10 giugno 1813; Dalloz. u8, 393; Sirey, 17, 241; Decis. Liegi, 24 dic. 1823. Dalloz, 18, 393; Legraverend, t. 1, p. 49.

(a) Nelle leg. pen. detto Due Sicilie si è seguito un principio opposto, cioè, si è dichiarato che il favore dell'art. 455 è tutto personale ed si estende ai complici. Vedi nota (a) pag. 328 di questo volume.

Da questo testo di legge ne conseguiva in primo luogo che gli atti di assistenza e di cooperazione, prestati nel fatto stesso della sottrazione, da individui diversi da quelli enumerati nell'articolo, sfuggono ad ogni azione repressiva; tale conseguenza fu formalmente adottata dalla Corte di Cassazione in una decisione così motivata: attesocchè, ai termini dell'articolo 59 del Codice Penale, i complici di un reato sieguono la sorte dell'autor principale, e però se vi è luogo a procedimento contro l'autor principale vi è anche contro i suoi complici, ecretto i casi in cui la legge abbia disposto altrimenti; attesocchè, ai termini dell'articolo 380, le sottrazioni commesse dalle persone designate in detti articoli in danno dei coniugi, degli ascendenti o discendenti non possono dar luogo che a riparazioni civili, come sarebbe anche dei complici di queste sottrazioni se la legge non avesse disposto altrimenti; ma che, nel secondo paragrafo dell'articolo 380, quanto al procedimento e pena dei complici delle sottrazioni, il legislatore non si è riportato alle regole generali relative alla complicità, fissate dall'articolo 60 e seguenti Codice Penale, ma dichiarò restrittivamente, nel secondo paragrafo di detto art. 280, che gli altri individui i quali avessero ricettato o volto a loro prò tutto o parte degli oggetti sottratti, sarebbero puniti come colpevoli di furti; che non è in facoltà dei tribunali estendere le disposizioni delle leggi penali; che perciò l'imputato non poteva esser perseguito criminalmente a titolo di complice della sottrazione, ancorchè accompagnata da circostanza aggravante, commessa dalla Goutier in danno di suo marito (2).

Altra conseguenza dello stesso articolo, per noi già enunciata, si è che gli individui i quali hanno ricettato o volto a loro profitto tutto o parte degli oggetti sottratti, non sono puniti come complici ma come autori principali del furto. Come si è già notato la legge non richiede che il ricettatore abbia tratto vantaggio dall'oggetto ricettato (3). La discussione fatta in consiglio di stato avvalorava questa nostra opinione (4).

(2) Decis. Cass. 15 aprile 1825. Sirey, 36, 276.

(3) Tom. 1. p. 181.

(4) Loert, l. 31, p. 32, 119, 132 e 141. *Convenienter ille furci tenetur quia verum est opus et consilio ejus furtum esse factum, Inst. de obl. quae ex delicto nasc.*

Nondimeno debbesi notare che se gli oggetti sottratti si trovassero di proprietà sia del conjugé, sia dell'ascendente o discendente che è stato d'istrumento alla sottrazione, non vi sarebbe furto punibile; perchè la cosa non sarebbe stata sottratta all'insaputa e contro il consentimento del vero proprietario. Questa dottrina è stata applicata dalla Corte di Cassazione in una causa nella quale la sottrazione era stata commessa dal marito su gli effetti mobili della sua moglie in comunione di beni. La decisione dichiara risultar dai fatti esposti nell'atto di accusa che l'autore degli involamenti, commessi in casa Giovanna Rocheden, sia stato Giuseppe Rolland suo marito, che avendo questi in forza degli art. 1421 e 1422 Cod. civ. (1396 e 1397 Il. cc.) facoltà di disporre degli effetti mobili della comunione conjugale, esistente tra lui e la moglie in forza del contratto matrimoniale, e non essendo questa comunione disciolta con alcuno dei modi legali determinati dall'art. 1441 dello stesso Codice, ne siegue che la detta sottrazione non costituisce alcun fatto vietato dalla legge; che perciò non può esser qualificata misfatto o delitto; che indi ne discende come corollario non poter la cooperazione al detto fatto costituire una complicità punibile secondo i termini dell'articolo 59 del Codice Penale, nè dar luogo all'applicazione dell'ultima parte dell'articolo 380 dello stesso Codice, ove è supposto il caso di una sottrazione vietata dalle leggi (1). »

Quale è la pena applicabile nel caso del secondo paragrafo dell'articolo 380? La Corte di Cassazione ha giudicato che questa pena sia quella onde sarebbe stata colpita la persona che fu l'istrumento della sottrazione, se la legge non l'avesse dichiarata inumuna da pena. Ecco le considerazioni della Corte: attesochè, giusta il principio stabilito dall'articolo 39 del Codice Penale, il complice di un reato va soggetto alla stessa pena dovuta all'autor principale secondo la qualità delle circostanze aggravanti: attesochè, secondo l'art. 380 (456) il complice del furto commesso dalla moglie non è ammesso ad invocare la eccezione che milita in favor di costei; che perciò nella causa in esame il ricorrente, dichiarato complice per ricettazione

per avere volto a suo prò parte degli effetti del furto commesso dalla moglie in danno di suo marito, di notte tempo, in una casa abitata, ha dovuto esser punito colla reclusione, pena che sarebbe stata applicata alla moglie ove non fosse stata garantita dalla eccezione personale (2). »

Noi abbiain già confutata la massima su cui poggia questa decisione. I ricettatori e quelli che volgono a proprio vantaggio gli oggetti involati tra i conjugii o altri parenti in linea retta, non sono puniti come complici di tali persone; questi non rendono colpevoli di alcun reato, ed ove non avveato non vi può essere complicità soggetta a pena. Essi sono, giusta i termini dell'art. 380, *colpevoli di furto*, cioè, sono tenuti come autori principali delle sottrazioni. Di là ne conseguita non poter essere responsabili che delle circostanze aggravanti cui avessero personalmente preso parte; ed invero, come complici essi risponderebbero del fatto dell'autor principale, come autori principali non rispondono che dei fatti propri. Solamente per una specie di finzione l'articolo 380 estende ai ricettatori, ed a coloro che hanno tratto vantaggio dalle cose sottratte, la responsabilità delle sottrazioni; questa sottrazione è stata materialmente eseguita dalle mani di un terzo; ma essi ne hanno avuto scienza, ne hanno tratto vantaggio, è giusto dunque che ne sieno responsabili. Ma questa responsabilità non può andare oltre i fatti della sottrazione, perchè questo è il solo fatto che sia loro diventato personale con la ricettazione degli oggetti sottratti; le altre circostanze della sottrazione, comechè concomitanti il fatto, sono loro estranee, possono essere loro ignote, quindi non possono esser messe a loro responsabilità. I fatti dunque di aver ricettato e tratto vantaggio dalle cose sottratte, preveduti dal secondo paragrafo dell'articolo 380, non vanno soggetti che alle pene del furto semplice quali si sieno le circostanze che hanno accompagnata la sottrazione.

§ IV.

Applicazione delle tre regole—Furti semplici.

Abbiamo successivamente messi a disamina i tre elementi del reato di furto.

(1) Decis. Cass. 6 giugno 1816. Dalloz, 28, 393; Sirey, 20, 470.

(2) Decis. Cass. 8. ottob. 1818.

Abbiam veduto quali sieno le condizioni necessarie perchè s'avi sottrazione di un obbietto, perchè questa sottrazione sia fraudolenta: perchè possa dirsi che cade su la cosa altrui.

Quando vi è il concorso di questi tre elementi allora vi è furto; e quando non si accoppia nessuna circostanza atta ad aggravare il loro carattere, il reato è qualificato *furto semplice*.

Il furto semplice dunque è quello che rientra puramente e semplicemente nei termini dell'articolo 373 di cui ci siamo finora occupati, svolgendo i suoi elementi.

Rimane però a mettere in disamina due punti: 1° quali sono i diversi fatti compresi nella qualificazione di furti semplici; 2° quali le loro pene?

L'art. 401 del Cod. Pen. (417 ll. p.) è così concepito: Gli altri furti non specificati nella presente sezione, le ruberie, le mariolerie, come anche i tentativi di questi stessi reati saranno puniti con una prigionia non minore di un anno e non maggiore di cinque, e si potrà loro infliggere anche un'amenda non minore di 16 nè maggiore di 100 franchi. I colpevoli potranno ancora essere interdetti dai diritti menzionati nell'articolo 42 del presente Codice, per la durata di cinque a dieci anni a contare dal giorno in cui avranno espiata la pena. Potranno ancora esser messi con la decisione di condanna sotto la sorveglianza dell'alta polizia per la stessa durata. « (Il colpevole di *furto semplice* sarà punito col secondo al terzo grado di prigionia. Può il giudice aggiungere a questa pena anche la malleveria, art. 417 ll. p.)

Come sta espresso in questo articolo, tutti i furti che il Codice Penale non dichiara espressamente qualificati, il cui carattere non è modificato da alcuna circostanza aggravante sono considerati e puniti come furti semplici. Noi non c' intratteremo qui a discorrere le diverse specie di questi furti; tale disamina sarà fatta nel capitolo seguente; e per fermo, mettendo ad esame le diverse circostanze che aggravano il carattere del furto si presenterà il destro di fissare i limiti che separano il furto semplice dal furto qualificato, e discutere i diversi casi nei quali questa qualificazione può elevare delle difficoltà.

Ma cosa debbesi intendere per le *ruberie*, le *mariolerie* che l'articolo 401 agguaglia al furto? Questi sono dei veri furti che ne di-

versano solamente pel modo della esecuzione. « Il furto differisce dalla ruberia, dice Jousse, in ciò che la ruberia, propriamente parlando, si commette per sorpresa, per artificio, di nascosto, mentre il furto si fa per forza o violenza (1). » Questa differenza non vige più nella pratica; solamente sotto il nome di ruberie e mariolerie vanno con specialità designati i furti eseguiti clandestinamente e con astuzia. Ma questo modo di esecuzione non ha alcuna influenza su gli elementi costitutivi del reato, tali elementi sono gli stessi che quelli del furto, perciocchè tutti questi diversi fatti sono allogati nella stessa sezione del Codice e soggetti all'impero della stessa definizione. Le ruberie e le mariolerie non possono dunque al pari del furto aver vita legale se non quando vi concorre la sottrazione fraudolenta della cosa altrui (2).

A questa interpretazione si attenne la stessa Corte di Cassazione dichiarando: che i reati preveduti e puniti dall'art. 401 del Codice Pen. (417) sono: 1. i furti non accompagnati da alcuna delle circostanze aggravanti menzionate nei precedenti articoli dello stesso Codice; 2. le ruberie e le mariolerie, di cui le prime sono furti eseguiti di nascosto, le seconde furti praticati con astuzia; che ai termini dell'articolo 379 del Codice Penale il furto è l'azione di colui che sottrae fraudolentemente una cosa la quale non gli appartiene; che da questa definizione ne conseguita necessariamente non esservi furto ove non sievi sottrazione, involamento di un oggetto qualunque contro il consenso del proprietario (3). » La stessa Corte in altra Decisione

(1) Tratt. della g.ust. crim. t. 4, p. 166.

(2) Rendeasi colpevole di ruberia o di furto il venditore che, dopo aver venduto una merce a peso, giunge con mezzi fraudolenti a ritenere parte della merce dopo averla pesata, per pesarla di nuovo come non ancora venduta. Bruss. Cass. 21 aprile 1838; Bullett. 1838, p. 486.

Perchè si abbia l'elemento costitutivo dello scrocco è mestieri che l'oggetto scroccato sia stato messo nelle mani dello scroccatore dallo stesso proprietario; epperò, non può tenersi come reato di tal genere, ma piuttosto come una marioleria, il fatto di un acquirente il quale, dopo diverse machinazioni praticate per farsi consegnare l'oggetto venduto, lo toglie furtivamente, a malgrado che le parti avessero pattuita la consegna nell'atto del pagamento del convenuto prezzo. Brussel. 4 dic. 1831; Giorn. del 19° secolo, 1832, p. 353.

(3) Decis. cass. 7 marzo 1817; Daltor, 14, 209; Sirey, 24, 416.

ha ripetuto con maggiore nettezza: » che la sezione 1. del capitolo 2 del lib. 3 del Cod. Penale ha per oggetto le infrazioni che delincono riguardarsi come furti; che il primo articolo di questa sezione, cioè il 379 del Codice, contiene la definizione del furto; che però a questo termine non è che una formola abbreviata della definizione data dalla legge e che tale definizione debbesi estendere oggual qual volta il legislatore adopera le parole furto; che gli articoli susseguenti al 379 fino all'articolo 400 inclusivamente, enumerano le diverse specie di furti cui il legislatore ha creduto dover specificare, che l'articolo 401 ha per oggetto gli altri furti non specificati in questa sezione, le ruberie, le mariolerie; che da tale enumerazione conseguita altro non essere le ruberie e le mariolerie che una delle svariate specie di furti, e perciò suppone, come il furto semplice, la sottrazione fraudolenta della cosa altrui (1). »

A norma di questo principio è stato giudicato che non sia reo nè di furto nè di marioleria l'individuo il quale si presenta ad un mercante, compra diversi oggetti, e nell'atto di pagarne il prezzo simula sorpresa di non trovarsi danaro addosso, promette tornar l'indomani, ed intanto va e vende gli oggetti non ancora pagati. Questa decisione è così motivata: attesochè non può esservi furto o marioleria se non quando vi sia fraudolenta sottrazione della cosa altrui; che l'imputato non ha mica sottratti fraudolentemente gli oggetti in parola, che se egli n'è diventato possessore, ciò fu per effetto della vendita consentita dal mercante, e in conseguenza della fiducia tutta volontaria che quest'ultimo gli ha accordata; che perciò, riprovevole che sia il fatto apposto all'imputato, non può andare sotto l'applicazione della legge penale (2). »

In altro rincontro si è del pari giudicato

non costituir mica marioleria, perchè non accompagnato da sottrazione fraudolenta, il fatto di un individuo insolubile il quale in una fiera si fece a comprare dei bestiami pagabili a pronto contante, e di poi riescì ad ottenere una dilazione al pagamento presentando in attestato della sua solvibilità delle persone leali (3). Da ultimo, recentemente, la stessa Corte di Cassazione per gli stessi motivi ha dichiarato non commetter mica un furto quel debitore il quale ottiene dal suo creditore che si riuniscano in un solo più titoli parziali, e gli sieno restituiti questi titoli parziali validi, dando in cambio un novello titolo integrale che non è da lui firmato (4).

L'articolo 401 punisce non solo i furti, le ruberie, le mariolerie consumate, ma ancora i tentativi di questi reati; ai termini dell'art. 3 del Codice Penale (71 ll. p.) era necessaria tale espressa disposizione per potersi elevare a reato questi tentativi. Però non possono andar soggetti a pena se non quando sieno accompagnati da tutte le circostanze menzionate nell'art. 2 del Codice (69 e 70) e queste circostanze sieno dichiarate nelle decisioni (5).

Nel diritto Romano le pene del furto semplice erano il pagamento del doppio o triplo della cosa rubata, secondo che il furto fosse stato *occulto* o *manifesto* (6); nel nostro antico diritto esse erano abbandonate all'arbitrio del giudice, con questa sola restrizione, aggiunta dalla dichiarazione dei 4 maggio 1724, che i colpevoli *non potessero esser condannati a pena minore di quella della frusta e del marchio* (7). La legge dei 19—22 luglio 1791 non pronunziava che una prigionia di sei mesi a 2 anni. Il Codice Penale ha elevato il *maximum* di questa pena a 5 anni e ridotto a meno il *minimum*. (2° al 3° grado di prigionia per le leg. pen. delle Due Sic.). Ed in vero, l'art. 463 permette di ridurre la prigionia anche a meno di sei giorni ed anche di sostituirvi un'ammonda di semplice polizia.

Le pene dell'ammonda, della interdizione

(1) Decis. cass. 9 sett. 1826; Sirey, 27, 298.

(2) Decis. Douai, 30 nov. 1829. Nondimeno, difficile cosa sarebbe non ravvisare in questo fatto gli elementi di un altro reato, cioè, d'uno scrocco. Non vi è furto, nè altro reato preveduto dalle leggi vigenti, oel fatto di un operaio o commissionario il quale, avendo ricevuto per suo salario una moneta d'oro, datagli per inavvertenza invece di una moneta d'argento, nega di restituirla e sostiene che non ha ricevuto che la moneta di argento. Bruss., 1° maggio 1828, Giorn. di Bruss. 1828, 1, 281.

(3) Decis. cass. 25 marzo 1824. Dalloz, 28, 387; Sirey, 24, 289.

(4) Decis. cass. 29 sett. 1824. Dalloz, 28, 387; Sirey, 25, 68.

(5) Ved. tom. 1. p. 176.

(6) Inst. Pauli, lib. 2, tit. 31, § 15. Inst. de obl. quae ex delict. nascunt. § 19; L. 3 Dig. de furti.

(7) Jousse, t. 4, p. 170.

dei diritti civili, e della sorveglianza, pronunziate dall'art. 401 (417) sono puramente facoltative; epperò i tribunali debbono riservarle nei casi gravi nei quali si trovino in armonia col carattere del fatto e la moralità dell'agente.

Qui mettiamo fine alla disamina dei caratteri generali e degli elementi del furto sem-

plice. Abbiain stabilite le regole generali di questa materia, regole che toccano tutte le svariatezze dei furti, tutte le specie in cui il suo carattere si modifica pel concorso di fatti estranei. Passeremo ora a svolgere il sistema repressivo del Codice, esaminare la classificazione fatta di questi reati e discorrere le loro diverse cause di aggravamento.

APPENDICE

A L

C A P I T O L O V I I I .

DELLE FERITE E DELLE ARMI.

Sistema delle leggi penali delle Due Sicilie intorno la distinzione delle ferite e percosse — Osservazioni — Circostanze aggravanti aggiunte in queste leggi — Mutilazione — Storpio — Morte avvenuta fra quaranta giorni o dopo questo termine — Istrumento del reato — Definizione dello storpio — Della mutilazione — Decisioni analoghe della Corte Suprema — Quid dello sfregio? — Decreto dei 5 gennaio 1840. — Penalità — Competenza finchè dura il pericolo di storpio — Espletato il giudizio sulla ferita può lo storpio, che da essa ne venga dopo, formar materia di giudizio novello? — Quid? se la formola della decisione sia statu non costa dello storpio — Seconda circostanza aggravante, morte avvenuta dalla ferita — Distinzione se questo avvenimento intervenga fra 40 giorni dalla ferita o percossa, ovvero dopo — Se per sola natura delle ferite o per cause sopravvenute — Testo degli articoli 362 e 363 — Carattere dell'aggravamento che si attinge nel fatto della morte — Condizioni del valor legale della causa sopravvenuta — Debbe esser SOPRAVVENUTA — E forse per causa sopravvenuta la insanabilità che dipende dalla costituzione organica dell'offeso? — Giurisprudenza — Ministeriale — Debbe essere di concorso ATTIVO — Quid della morte che avvenga per mancanza di pronta medela? — Quid se avvenga per medela nociva o stravizzi dell'infermo? — Debbe essere INDIPENDENTE dalla ferita o percossa; esempi — Debbe esser d'influenza NECESSARIA ma non SUFFICIENTE a cagionar la morte da se sola, conseguenze — Come debbesi calcolare il periodo del giorno per fissare il termine stabilito dall'art. 362 — Se lo storpio avvenga dopo 40 giorni gode dell'attenuazione stabilita dalla prima parte dell'art. 363? — Quid se avvenga non per sola natura delle ferite o percosse ma per causa sopravvenuta? — La influenza della causa sopravvenuta è giudizio di fatto sottomesso al criterio morale dei giudici — Eccepiuta questa influenza dall'imputato in sua difesa è nullità il non discuterla — Terza circostanza aggravante, arma propria o da fuoco — Triplice caratteristica penale delle armi — Come istrumenti adoperati per delinquere — Come istrumenti atti alla offesa o difesa — Come istrumenti la cui detenzione, asportazione o fabbricazione è vic-

tata dalla polizia — Disposizioni legislative intorno le armi vietate — Regolamenti in rapporto alle guardie urbane — Competenza dei giudizj di asportazione e detenzione d'armi vietate — Modo di custodia di tali imputati. — Commentario degli articoli 356 a 363, 148, 150, 151 e 152 Leg. P.n.

Il codice Penale di Francia elevò ad indice della maggiore o minor gravezza delle ferite o percosse la incapacità al lavoro che indi ne derivi per più o meno di 20 giorni. Questa distinzione, se da una banda dà il suo campo all'arbitrio dei periti, offre d'altra parte una qualche garanzia alla giustizia, perciocchè non da congetture ma dagli effetti essa desume la gravezza della causa, e così presenta ai giudici, in un fatto visibile, una norma per vagliare la estimazione fattane dagli uomini dell' arte.

Il legislatore delle Due Sicille andò in altro sistema; scomparì le ferite e percosse in gravi e lievi; dichiarò gravi quelle pericolose di vita o di storpio, lievi quelle di nessun pericolo, e distinse le prime in pericolose di loro natura o per accidenti. E questa la divisione proclamata dalla più parte degli scrittori di medicina legale (1), ma trasfusa dalla teorica a norma pratica di responsabilità penale presenta, a nostro avviso, una lacuna. Quale è mai in tal sistema una ferita grave? quella giudicata pericolosa di vita o di storpio; ma è questo un giudizio dei così detti a priori, è tutto di elementi di probabilità che possono andar smentiti e distrutti da un evento contrario. E per fermo, se da una ferita giudicata di nessun pericolo ne venga la morte o lo storpio, la estimazione del perito non varrà certamente a sottrarre il ferito alle pene di queste fatali conseguenze. Or, perchè non statuire lo stesso principio quando l'evento dilegua le apprensioni dei medici, quando nè forza propria, nè forza di accidenti trascina la ferita ai tristi effetti che si paventavano? Perchè ritenere la qualifica di *pericolosa* in quella ferita che fra pochi giorni è giunta a completa guarigione, che non palpiti, non travagli di morbi, non impedimenti degli usi della vita ha recati all'offeso? Perchè nella prima ipotesi preferire la realtà alle congetture, consentir poi nella seconda che il

fatto ceda alle presunzioni, che valga ad aggravare la pena una qualifica contraddetta dal successo? Se il feritore risponde dello storpio e della morte avvenuta da una ferita giudicata lieve, ogni principio di giustizia vuole che egli tragga vantaggio dalla pronta guarigione onde sia seguita una percossa giudicata grave, poichè questa pronta guarigione è indice troppo chiaro dell' errore di quel giudi- *io: decimus octava conjectura*, dice il Zaccaria, *ex qui praesumitur vulnus non fuisse lethale accipitur ex vulneris consolidatione; ratio autem ejus rei in promptu est, quia manente aliquo privitate vel externa quadam re in ipso vulnere numquam consolidari potuisset* (2).

Perchè dunque si schivasse quell' arbitrio la cui ingiustizia ben sovente è attestata dalla realtà del fatto, la legge dovrebbe fissare un termine acciò se in esso il ferito guarisse perfettamente la ferita si dovesse tener per lieve, qualunque fosse stata la caratteristica datagli dai periti. Egli è vero che il giudice è in facoltà di elevarsi a censore dei periti, di dare ai fatti la loro qualifica definitiva, ma *optima est lex quae minimum arbitrium relinquit*. Nè questo termine che, portando completa guarigione di una ferita; fissasse il suo reale carattere, sarebbe nel solo interesse dei colpevoli. Spesso vedesi accordata la scusa di misfatto a chi corrive alle ire e alle vendette ricambia con la morte una lieve scalfittura ricevuta; e ciò sol perchè piangue ai periti definir tale scalfittura pericolosa per gli accidenti, comunque al terzo giorno svanisca pur l'ombra di quell' immaginario pericolo.

Non v'ha dubbio, il timore concepito dall' offeso, l'allarme eccitato nella società dal pericolo delle percosse o ferite debbe avere in una pena più grave un risarcimento più sensibile; ma se, ad esempio, questo timore di pericolo si trovi svanito dopo tre o quattro giorni, allora v'ha chiara prova che questo

(1) Puccinotti, tom. 1°, Devergier, tom. 3.

(2) Questioni di medicina legale, lib. V, tit. 11 quist. VI, n. 26.

timore, questo allarme stava non nella società, non nell' offeso, ma nella sola fantasia del chirurgo.

Dopo aver scompartite in gravi e lievi le ferite e percosse, il legislatore Delle Due Sicilie si fa ad indicare alcune circostanze che aggravano il loro carattere e che non furono prevedute o non sviluppate a sufficienza nel Codice Francese; esse sono lo storpio e la mutilazione che avvengano dalle ferite; la morte che ne segua fra 40 giorni o dopo; la natura dell'arma con cui la ferita o percossa fu commessa; di queste circostanze ci faremo a discorrere partitamente i caratteri e le conseguenze penali.

Nel Codice Penale di Francia non guardasi che la incapacità al lavoro o la morte, dello storpio non tiensi conto alcuno. Era questa una grave lacuna contro di cui reclamavano i codici dei popoli incivili e le voci della giustizia; chè se l'uomo ha diritto alla protezione della sua vita l'ha ancora a quella della integrità delle sue membra. Il legislatore delle Due Sicilie per appianare questa lacuna ha disposto con l'art. 358: se la percossa grave o ferita grave abbia prodotto storpio o mutilazione la pena sarà del primo grado di ferri nel presidio. »

La legge non ha definite le due voci: *mutilazione* e *storpio* che essa eleva ad aggravamento della pena; è d'uopo dunque attingere il loro significato dalle massime della giurisprudenza e dei dottori. La mutilazione, anche secondo il linguaggio comune, altro non è che la perdita irreparabile di un membro, e al dir di Baldo e Bartolo: *quælibet pars corporis quæ distinctum habet officium dicitur membrum* (1). Per officio però, per *funzione propria* non debbesi intendere funzione esclusiva; può un membro riguardato isolatamente non avere in sè nessuna funzione speciale, completa, indipendente, ed essere non pertanto di mezzo necessario ad altri membri o organi per eseguire completamente i loro movimenti, o tenere nella loro piena forza le facoltà sensitive della macchina umana. La perdita di un tale membro, di una tale parte del corpo sarà certamente una mutilazione, perchè senza di esso rimane incompleta la funzione o il movimento cui era di mezzo ausiliario. Questo principio trovasi lu-

minosamente sviluppato dalla Corte Suprema in molte sue Decisioni.

Trattavasi una volta di un morso che avea troncato all'offeso il padiglione dell'orecchio. Il colpevole, condannato come reo di ferita produttrice di storpio, portò ricorso in Corte Suprema e sostenne che la perdita del padiglione dell'orecchio non potea definirsi storpio perchè i nervi acustici, che sono i veri organi dell'udito, erano rimasti liberi. La Corte Suprema seguendo l'avviso dei periti sanitari, i quali averano dichiarato il padiglione dell'orecchio mezzo necessario alle funzioni dei nervi acustici, ritenne lo storpio e rigettò il ricorso (2). Altra volta disputavasi se la perdita di due denti incisori potesse dichiararsi storpio. Si diceva per la negativa che questi due denti non erano di assoluta necessità per la masticazione, la Corte Suprema dichiarava lo storpio con le seguenti considerazioni: « Considerando che nelle nobili facoltà dei giudici del merito quella si è di erigersi a periti dei periti. Considerando che la mutilazione è la perdita irreparabile di un membro, e che lo storpio è il difetto di movimento o di funzioni di un organo, e che di qui la mutilazione include lo storpio; che applicando tali principj alla materia soggetta non può dubitarsi che la mancanza di due denti incisori ed uno canino costituisce mutilazione e storpio. Considerando che se con gli altri denti la masticazione e la favella non soffrono totale detrimento, poichè industrie è la natura in supplire alle funzioni della macchina umana, indi non siegue che non sievi mutilazione e storpio, giacchè in sostanza l'organo non è intero e le funzioni di esso intere non sono (3). »

Lo stesso venne a dettare una circolare Ministeriale del 3 giugno 1838, la quale ha dichiarato: « che la mutilazione è nella perdita irreparabile di un membro e lo storpio nel difetto permanente sia del moto sia delle funzioni di un organo: che le funzioni dei denti incisori hanno rapporto alla masticazione e alla loquela, le quali non restano nella perfezione naturale con la perdita dei medesimi.

Dai principj dichiarati in queste decisioni della Corte regolatrice e lettera Ministeriale

(2) Decis. Corte Sup. 11 giugno 1834, causa Nicola Papaleo.

(3) Decis. Corte Sup. 27 giugno 1836, causa Rachele di Pasquale.

(1) L. a. ff. de pub. jud.

puossi dedurre come assioma di diritto che la mutilazione va composta di due elementi, cioè, *perdita* irreparabile di un membro o organo, *storpio* derivato da questa perdita. Perciò dunque i giudici diano alla mutilazione la sua caratteristica legale debbono, sotto pena di nullità per mancanza di motivazione, accertare nei fatti della Decisione non solo che la ferita o percossa abbia cagionata perdita irreparabile di una parte qualunque del corpo, ma ancora che questa perdita abbia nell'offeso prodotto lo *storpio*.

Ma quale è il significato legale della parola *storpio*? La dianza trascritta Ministeriale del 3 giugno 1838 dichiarava: *stare lo storpio nel difetto permanente* sia del moto sia delle funzioni di un organo. Tale definizione pare al covertò d'ogni censura; essa è quella data dalla medicina legale. « Tutte le ferite, dice il Puccinotti, che sebbene sanabili lasciano *incompleta per tutto il corso della vita una qualche funzione* saranno a giudicarsi di *sanabilità incompleta* (produttrici di storpio). Le fratture irregolari, per esempio, in che debesi segar l'osso per poterne fare la riduzione, e ciò con accorciamento del membro: le fratture con frammenti ossei, nelle quali il callo forma della irregolarità che col tratto successivo guastano il movimento: le ferite delle intestina crasse nelle quali la chirurgia è obbligata a ricorrere ad un ano artificiale: la ferita di un nervo che obblighi il chirurgo a reciderlo e che per conseguenza ne resti paralizzato qualche membro: tutti questi casi saranno di *sanabilità incompleta* (1). » A buon diritto adunque la Corte Suprema giudicando di una ferita produttrice di un'ernia la dichiarava storpio con le seguenti considerazioni. « Considerando che lo storpio altro non è che l'essersi renduto permanentemente viziosa una parte della costruzione fisica del corpo umano, o l'essersi in tutto o in parte debilitato permanentemente l'attività o l'agilità de' suoi organi, preso per tipo lo stato dell'offeso prima del colpo ricevuto. Considerando che la ferita dal Monti cagionata al Ciotto la abbia prodotto un'ernia ventrale, per la quale l'offeso ha contratto un vizio permanente nella sua vita e perduto l'agilità naturale, talchè si trova, al dir della stessa G. Cor-

te, in un permanente pericolo di vita. Considerando che tale lesione organica rende l'offeso privo di quella natural perfezione che è sì necessaria per adempiere a tutte le funzioni della vita, e che quindi essendosi nella sua persona verificato lo storpio, la G. Corte che non lo riconobbe violò manifestamente il testo espresso della legge (2). »

Due sono dunque i caratteri essenziali perchè una percossa o ferita si giudichi produttrice dello storpio legale: 1° È necessario che la perdita o alterazione del membro o organo influisca a rendere *incompleta* una funzione o movimento della macchina umana; 2° che questo difetto di funzione, di movimento sia *permanente*, sia, al dir del Puccinotti, *per tutto il corso della vita*.

Dal primo elemento del reato ne conseguiva che non vi sia storpio, a malgrado della perdita o recisione di un muscolo, quando alla sua forza motrice supplisca un altro muscolo rimasto intero per la stessa funzione, in modo che niun detrimento ne risenta l'offeso: « *Membris motum atque usum*, diceva il Zacchia (3) *perire ac depravari ex abscissione aut latione musculi verum est quando membri functio unico musculo perficitur; si enim pluribus perficitur, et alter tantum musculus laedatur aut abscindatur, tunc nequaquam necesse est actionem partis prorsus perire, aut insigniter depravari sed tantum debilitari*. Per contrario debbe dirsi che vi sia storpio quantunque il membro o muscolo offeso dalla percossa o ferita non sia interamente perduto, non si sia ridotto nello stato d'inerzia, ma la sua alterazione sia tale da render monca la funzione, difettoso il movimento cui natura l'ha addetto. « Se per la ferita, diceva un patrio criminalista, resterà un membro reciso, debilitato, leso, stroppio, sarà *ingiuria atroce*, purchè tale sia la debilitazione che il membro non abbia la sua primiera operazione *benchè non sia affatto inutile* (4).

Il secondo requisito dello storpio mena alla conseguenza che se il difetto delle funzioni o del movimento, cagionato dalla percossa o ferita, sia non permanente ma temporaneo,

(2) Decis. Corte Sup. 21 aprile 1824, causa Costantino Monti.

(3) Questioni di medicina legale, lib. V, tit. 11, questione 4, N. 9.

(4) Brigaunti Pratica criminale, pag. 272, N. 28.

(1) Lesioni di medicina legale. Tom. 1, Sez. XIII, n. 5.

ma sanabile, non v'ha punto storpio legale. Evidente è il motivo di tale restrizione; il difetto temporaneo che la ferita o percossa ragiona nel movimento o nelle funzioni della parte lesa non è che una più o meno prolungata convalescenza, ma la legge non ha contati i giorni dei patimenti fisici dell'offeso per graduare sul loro numero un aggravamento di pena. D'altra banda, finchè delle lesioni, onde è affetto un membro o organo, sperasi completa guarigione non v'ha rite un *pericolo di storpio*; or essendo per questo *pericolo* stabilita una speciale aggravazione di pena, non può lo stesso esser distratto dalla penalità a sè propria per sottomettersi ad una pena che colpisce un fatto di diverso carattere.

Le parole *storpio e mutilazione* adoperate nell'articolo 358 avean dato luogo ad una grave controversia. Spesso avviene che una ferita o percossa senza portare la intera perdita di un membro o organo, e con ciò la mutilazione, senza alterare questo membro o organo in modo da rendere incomplete le sue funzioni e produrre così lo storpio, lascia nell'aflesso delle impronte che guastano l'armonia de' suoi lineamenti, sfregiano le sue forme, e gli arrecano così, invece di un male fisico, un danno morale. Or, si è fatta non poche volte quistione se quest'ultimo effetto delle ferite o percosse, questo *sfregio* dovesse andar compreso nei significati delle parole *storpio o mutilazione*. La Corte Suprema si pronunziava per la negativa, considerando: che nell'articolo 358 non è riconosciuto lo sfregio come circostanza aggravante (1). Ed in altra causa dichiarava: « la definizione della percossa e ferita grave è fissata dal legislatore nell'articolo 356 Leg. Pen. Ivi è detto che è ferita grave quella pericolosa di vita o di storpio; all'infuori dunque di queste due circostanze la legge non riconosce altre che possano qualificare per grave una ferita. Or, non essendo stata la ferita in persona di Santomarchi giudicata pericolosa di vita o di storpio, circostanze che potevano farla considerare grave, ma pericolosa di sfregio, circostanza non riconosciuta ed in conseguenza incapace di sublimare la ferita da delitto in misfatto (2). »

Per metter fine alle dispute e riformare in una sana intelligenza questo punto interessante di diritto venne il sovrano Decreto dei 5 marzo 1840 a dichiarare: « Atteso: » che le parole storpio e mutilazione, che trovansi adoperate nel senso ampio di lesione permanente prodotta con percossa o con ferita, comprendono lo *sfregio* — Udito » il nostro Consiglio Ordinario di Stato — » Abbiain risoluto di decretare e decretiamo » quanto segue: *Le percosse e le ferite sono » pur gravi quando sieno giudicate pericolose di sfregio.* »

La saggezza di questa disposizione è attestata dalle legislazioni di tutti i popoli. « I legislatori di tutti i tempi, d'ce un profondo scrittore, fissando l'indennizzamento dovuto all'offeso per ferite, non dimenticarono quelle che *danneggiano la bellezza e per esse accrebbero l'anima* (3). » Ed altrove aggiunge: le imperfezioni corporee privandoci d'una somma di sensazioni agreevoli, le leggi non di rado accrebbero la pena contro gli atti offensivi in ragione della bellezza scemata, o della deformità prodotta (4). » Platone agguagliava, quanto alla pena, alle ferite insanabili quelle che lasciavano in volto qualche deformità. La legge Longohardica prescriveva: *Si quis alii dentes excusserit* QUI IN RISU APPARENT *pro uno dente componat solidos XVI; si duo aut plures fuerint* IN RISU APPARENTES *numerentur et per hunc modum componentur* (5). Presso i Borgognoni del pari le leggi statuivano che le ferite fatte al volto si punissero con pena tripla di quella prescritta contro le ferite nelle altre parti del corpo: *Si quis cuicumque in faciem vulnus inflixerit, in triplum vulneris praeflum jubemus exolvere, quantum in simplum eo vulnera aestimantur quae rusticis contrahuntur* (6).

Queste leggi, mentre da una banda giustificano la severità spiegata dal nostro legislatore contro le ferite produttrici di *sfregio*, ci sono d'altra parte di guida nella interpretazione di questa parola, ci rivelano lo spirito onde la legge fu animata in adoperar-

(3) Metch'erre Gioia — Ingiurie, danni e soddisfamenti, tom. 2, p. 26.

(4) Merito e ricompense. Tom. 1, Sez. 1, art. 1, cap. 2, §. 4.

(5) *Leges Barbarorum*, tom. 1, pag. 68.

(6) *Leges Barbarorum*, tom. IV, pag. 21.

(1) Decis. 2 maggio 1823. Causa Erminio J. sa.
(2) Decis. Corte Suprema 11 luglio 1823. Causa Pietro Santomarchi.

la nelle sue disposizioni. La pena è qui aggravata non pel danno materiale che torni all'offeso dai fisici patimenti, dal difetto delle naturali funzioni o movimenti del corpo; questi effetti delle ferite e percosse furono preveduti con le parole *storpio* o *mutilazione*, e non era della saviezza legislatrice adoperare un terzo vocabolo per esprimere le già espresse idee. Per *sfregio* dunque la legge non ha potuto nè ha voluto intendere altro che le cicatrici le quali *danneggiano la bellezza*, la decenza delle forme; le quali cagionano all'offeso il male morale di vedersi obbietto del riso beffardo di chi lo mira. Perchè dunque una ferita, onde non viene nè storpio nè mutilazione, dir si possa colpita dall'aggravazione dello sfregio debbono concorrere due requisiti: 1° la lesione delle forme, 2° l'apparizione di questa lesione, *ut vestibus non contegatur*, come diceva la legge dei Borgognoni.

La pena delle ferite gravi prevedute dagli artic. 356 e 359 è la prigionia da sette mesi a cinque anni, se la ferita o percossa sia pericolosa di vita per sua natura; da un mese a due anni se per sua natura pericolosa di storpio; e da uno a sette mesi se la ferita o percossa sia pericolosa di vita o di storpio per gli accidenti. Questa pena si tramuta da correzionale in criminale, si cangia da prigionia in ferri, se dalla ferita o percossa ne venga lo storpio, la mutilazione o lo sfregio.

Questo tramutamento di penalità ha dato luogo ad una quistione di competenza. Se una ferita o percossa, scompagnata da ogni altra circostanza aggravante, ma soltanto pericolosa di storpio o di sfregio, si deduca in giudizio mentre ancor dura questo pericolo, qual sarà il magistrato competente a giudicarne? La Corte Suprema sciogliendo un conflitto di giurisdizione elevato tra un giudice Regio ed una Gran Corte dichiarò la competenza criminale (1). A dir il vero, i fatti della causa forse non consentivano che si andasse in altra sentenza; perciocchè di molti periti, adoperati nella estimazione della ferita, alcuni si avvisavano essersi già verificato lo storpio, altri non negavano lo storpio ma lo dicevano sanabile. Non trattavasi dunque di semplice pericolo in supposizione, ma di pericolo già verificato nei suoi effetti; l'elemento criminale

derivante dallo storpio presentava già il reato coll'impronta di misfatto e quindi di competenza della Gran Corte; se questa impronta poteva dilegnarsi con la guarigione e rimanere nella veste di delitto, si andava alla precisa ipotesi dell'artic. 300 procedura penale. Ma svestita la quistione delle modificazioni di fatto, riguardata la ferita nel suo semplice corso di pericolo, supponendo non ancora avvenuto da essa nessun sinistro accidente, la competenza criminale non sarebbe giustificata da alcun testo di legge.

E per fermo, il principio regolatore della competenza per ragioni di materia altro non è che il carattere del reato, nè altronde puossi questo rilevare che dalla natura della pena. Or, nelle ferite giudicate *pericolose*, finchè rimangono nel semplice sospetto di pericolo, la pena è sempre la prigionia, quella che, ai termini dell'articolo 1° leg. pen., imprime al fatto il carattere di delitto e in conseguenza lo devolve alla competenza del regio giudice. Se v'ha dei casi in cui la gran Corte può trascendere nella sfera dei delitti e delle pene correzionali, l'è soltanto nelle ipotesi prevedute dagli articoli 148 e 300 procedura penale, e nelle asportazioni d'armi vietate. Dell'ultimo caso non occorre far parola perciocchè nella quistione non supponesi mica concorso d'arma proibita; per le ipotesi poi contenute nei due menzionati articoli della procedura, non v'ha ombra di *misfatto*, non v'ha ragion di legge che le agguagli al soggetto della controversia.

Ed in vero, l'articolo 148 parla di *fatto principale che contenga per sua natura un misfatto, ma che per le sue qualità minoranti o scusanti meriti pena correzionale o minore*. Or, cosa è questo fatto principale supposto in tale articolo? è il soggetto, la sostanza intrinseca del reato che può avere degli accessori minoranti o aggravanti, delle qualifiche onde sia la pena attenuata o aumentata, ma può star da sé, da se solo costituir reato, e ricevere una pena. Se questa pena sia criminale, se questo fatto così scevrat da ogni circostanza accessoria sia un *misfatto*, ragionevolmente il suo giudice non altro debb'essere che la G. Corte, qualunque possa essere l'eccezione che giunga a modificare l'applicazione della penalità. E ciò, perchè generale è in legge il principio che il giudice dell'azione sia pur quello delle eccezioni, perchè rinviar la valutazione di queste al giudice dei

(1) Decis. Corte Sup., 10 nov. 1838; causa Giuseppe Capalbo.

delitti, sarebbe un supporre che tali eccezioni avessero già cangiato in delitto il misfatto cui si portavano annesse, sarebbe un dar loro gli effetti legali piaciuti abbiano dalla pronunziazione del giudice legale esistenza. Se la ferita semplicemente pericolosa fosse punita con pena criminale, e questa si attenuasse, si cangiasse in correzionale per la circostanza di non esserne derivato storpio alcuno, allora senza fallo vi sarebbe luogo all'applicazione dell'art. 148. Ma la ipotesi della legge è di carattere tutto opposto, il fatto principale del reato è la ferita, reato intrinsecamente correzionale perchè per se stesso punito di prigionia; se vi si accoppia lo storpio, si avrà l'accessorio di una qualifica aggravante, e quindi una pena criminale, ma finchè questo accessorio non si verifichi, non si può dar vita alle conseguenze legali di esso, finchè la causa che tramuta la pena in criminale ancora non esiste, non si può certamente dire che abbia già cangiata la competenza.

Molto meno potrebbe questa ipotesi devolvere alla G. Corte in forza dell'art. 300 p.p. In questo articolo prevedesi il caso che il reato, dedotto da prima come misfatto, apparisca essere nella sua intrinseca natura un delitto o contravvenzione; tale, ad esempio, sarebbe un'accusa di tentato o mancato omicidio che si acclarasse per semplice reato di percossa o ferita; tale un furto qualificato, di cui non costando le qualifiche, fosse dichiarato furto semplice. Era ben giusto che la legge prescrivesse doversi in questi casi espletare il giudizio dalla G. Corte, e da essa infliggersi la pena correzionale o di polizia. Il concetto d'esser false le prime apparenze del reato, di esser la sua intrinseca natura un delitto o contravvenzione, non è che le sintesi degli elementi convittivi in fatto o in diritto attinti dal dibattimento. Or, se il reato si rinviasse alla conoscenza del Regio giudice, sotto il nuovo nome definitogli da quel concetto morale della G. Corte, ne avverrebbe o che quegli, indipendente nella sua sfera come ogni altro magistrato, dovesse rendere un giudizio passivo ed esser servo del convincimento altrui, o che potesse discostarsi dalla definizione data al reato dalla G. Corte, dichiararlo misfatto e così inceppare in conflitti di giurisdizione un giudizio cui non mancava che la formola terminativa. Ma quali che sieno questi motivi di prudenza onde venne tale prorogata giurisdizione, non sono scompagnati da un gravissimo motivo

di diritto, ed è quello d'esser stata la G. Corte da principio legalmente adita, mentre il reato presentavasi da prima sotto le apparenze di misfatto, e perciò di sua ordinaria competenza.

Nella ipotesi in esame non v'ha mica apparenza di competenza criminale, la ferita *pericolosa*, finchè non avvenga il temuto accidente che la cangi in misfatto, è di manifesto carattere correzionale; non presenta ragione o appiccio alcuno per essere dedotta alla conoscenza della G. Corte. Egli è certamente sano consiglio, e dovrebbe esser precepto di legge, non muovere giudizio finchè non sia certa la prova del pericolo svanito; o dello storpio avvenuto; ma il giudizio che per avventura si volesse espletare nel periodo di semplice pericolo, nella durata delle sembianze correzionali delle ferite o percosse, non potrebbe esser mai di competenza criminale, perchè questa ipotesi non ha nessuna analogia con quelle prevedute dagli articoli 148 e 300 p. p. perchè questi articoli sono eccezioni dei principi generali di competenza *et quod contra rationem juris receptum est non est producendum ad consequentias* (1). Abbiain creduta necessaria questa digressione perciocchè ci avvenne di leggere nelle quistioni del Commendator Nicolini il seguente assoluto principio: *fino a tanto che dura il pericolo dello storpio la competenza è sempre d'alto criminale* (2). L'illustre autore cita ad esempio pratico di questa massima la sopra enunciata decisione, i cui fatti si presentavano assai bene a tale sentenza, ma la enunciazione generale del principio potrebbe, come dettato di un uomo di quella fatta, trarre non pochi in errore di applicazione.

Altra quistione non men grave e che pur si attiene al procedimento sta in vedere: se, espletato il giudizio intorno la ferita o percossa, possa lo storpio, che indi ne venga dopo, formar materia di giudizio novello; in altri termini, se quel primo giudizio costituisce eccezione di cosa giudicata contro la seconda accusa. La quistione può presentarsi sotto tre diversi aspetti; o che nel giudizio intorno la ferita s'è stata la circostanza dello storpio esclusa colla formola *COSTA CHE NON*; o che di storpio non s'è fatta parola alcu-

(1) Paolo, L. 14 ff. de legibus, l. 3.

(2) Quist. di drit. Vol. 2. pag. 129, nota 3.

na, o che sia stato escluso con la formola *non costa*.

Nella prima ipotesi la soluzione non offre difficoltà; avendo lo storpio formato oggetto del primo giudizio ed essendo la sua inesistenza dichiarata con la formola di plenario convincimento, non può riprodursi in novella accusa senza andare incontro all'*eadem res* del primo giudicato. Né vale che il fatto abbia smentito il detto dei primi giudici, che la formola *costa* di non esservi storpio sia contraddetta dalla esistenza reale dello stesso. La forza legale attribuita ai giudicati da ogni legislazione non sta nella certezza del vero ma nella presunzione di esso, presunzione che debbesi ad un certo punto dichiarare inattuabile perchè altrimenti *nullus futurus esset litium neque finis neque modus*. La verità, che sorga dopo colla sua luce a mettere in chiaro l'errore della prima sentenza, è uno dei tanti attestati della fragilità del giudizio umano, una lezione perchè si veda più cauto in sentenziare, ma non può rimaner le cose nello stato primiero, reintegrare tra le stesse persone, nella stessa qualità, sullo stesso oggetto un giudizio novello: *sub specie novorum instrumentorum postea repertorum*, dicea la Romana sapienza, *res iudicatae restaurari exemplo gratum est* (1).

Vale forse la stessa sentenza se nel primo giudizio sievi stata condanna per ferita semplicemente *pericolosa*, senza muoversi dall'offeso querela alcuna nè parlato di storpio? La Corte Sup. si pronunciò per l'affermativa (2), adottando per considerazioni la requisitoria dell'avv. gen. sig. Nicolini che diceva: «nel primo giudizio si trattò di ferita grave pericolosa di morte o di storpio, ma senza che la morte o lo storpio si fossero avverati. Nel secondo si tratta di ferita grave con storpio avverato. Ecco qual fu, ecco qual è *causa pendens, causa proxima actionis*. In ciò veramente sta il soggetto e l'oggetto della causa, secondo il linguaggio delle leggi nuove: in ciò sta *res corporis et quantitas*, secondo il linguaggio delle antiche, nelle quali *corpus et subjectum* erano spesso sinonimi.

« Or intorno al soggetto ed oggetto particolare della causa così ci dice il giureconsulto Paolo: *cum quaeritur haec exceptio non valet*

nee no? inspicendum est an idem corpus sit. Idem corpus in hac exceptione, non utique omni pristina qualitate servata, nulla adiectione, diminutione facta, sed rursus pro comuni utilitate accipitur (3). Questa dunque o quella qualità del fatto, quando non ne sia che *adjunctio, diminutio*, se non fu espressa nel primo libello e poi si scuopra esistente, o se vi fu espressa e poi si scuopra non esistente non cangia mai l'oggetto primitivo dell'azione, esige l'utilità pubblica, che nel rapporto alla qualità, l'identità dell'oggetto nel suo più p. eno, nel suo più ampio senso, *pinguis, sia intesa*.

» E cosa mai del particolare oggetto di questa causa è scritto nella legge? *E ferita grave*, dice l'art. 356, *quella giudicata pericolosa di vita o di storpio*, ed è punita correzionalmente. *Se la ferita grave*, dice l'art. 358 *abbia prodotto storpio la pena sarà del primo grado dei ferri nel presidio*. « Il pericolo dunque nell'art. 356 e l'effetto avverato nell'art. 358 sono entrambi qualità delle ferite. L'uno e l'altro sono entrambi nella stessa Sezione, sotto la rubrica stessa, *delle ferite e delle percosse volontarie*. La ferita e la percosso sono sempre l'oggetto particolare dell'azione, con qualità in un caso del solo pericolo, con qualità nell'altro del pericolo stesso degenerato in fatto. La base del diritto, l'origine della dimanda è la stessa, *et eandem causam facit etiam origo petitionis* (4). »

Può forse dirsi lo stesso allorchè giudicandosi delle ferite o percosse siesi dichiarato: *non costa dello storpio*? Le disposizioni degli articoli 280 e 281 p. p., onde è prescritto doversi l'imputato tradurre a novello giudizio se fra due anni sopraggiungono nuove prove sul reato escluso col *non costa*, sono forse applicabili a questo caso? Pare che la negativa non possa ammettere obbiezioni. Lo storpio, come abbiamo detto, non costituisce reato da sè ma è qualità aggravante della ferita o percosso onde fu prodotta. Ma il giudizio su la qualità di un fatto non può certamente scindersi dal giudizio sul fatto cui essa si rapporta, poichè forma con quello un sol tutto e non ha, riguardata isolatamente, nè vita legale nè pena a sè propria. Or, perchè nella ipotesi in esa-

(1) L. 4 cod. de re jud. 7. 5a.

(2) Decis. 30 agosto 1837, causa Ottangelo Me-
sio.

(3) L. 12 o 14 D. XLIV, 2, de except. rei jud.

(4) Quist. di dirit. tom. 2, p. non.

me non si andasse incontro a questa scissura di giudizio si dovrebbe seguire uno dei due ripieghi: o di sospendere la pronunziatura della condanna sulla ferita fino al termine del biennio, necessario a risolvere il dubbio del *non costa* su lo storpio; o di reintegrare, al sopraggiungere delle novelle prove sullo storpio, il giudizio sulla ferita per infliggere ad essa l'aggravamento della pena.

Ma con qual testo di legge giustificare nel primo caso tale sospensione? Raccolte e discusse le prove intorno il fatto della ferita; ingenerato nell'animo dei giudici il pieno convincimento intorno l'autore della stessa la conseguenza inevitabile è la formula: *costa che...* con la corrispondente condanna. Dir *non costa* anche della ferita, affin di metter questa a livello del dubbio sullo storpio ed abbandonare l'una e l'altro alle nuove prove del biennio, sarebbe una pronunziatura contraria al convincimento, una manifestazione di dubbio intorno prove che ingenerano piena certezza. Né ciò tutto; se come supponesi, in pronunziare il *non costa dello storpio*, le prove dimostranti la reità principale della ferita erano complete, chiare, convincenti, tali da non aver bisogno né ammettere altri argomenti per la condanna, il sostituire a questa il *non costa*, per risolverlo nel biennio unitamente al *non costa dello storpio*, sarebbe un mezzo di totale impunità. Ed in vero, non potendosi aggiungere novelle prove a quelle che eran già complete fin dalla prima pronunziatura, il fatto principale della ferita non potrebbe per l'art. 162 p. p. esser più dedotto in giudizio su gli stessi elementi convittivi una volta già discussi. Né minori assurdi ne verrebbero se in pronunziar *non costa dello storpio* si volesse sospendere pel corso del biennio ogni pronunziatura sul fatto principale della ferita. Sarebbe questa una qualità pregiudiziale che nessun testo di legge dà alla questione intorno lo storpio su quella intorno la ferita, sarebbe una formula tutta diversa dalle tre statuite nell'art. 277 p. p. In qualsiasi modo adunque si guardi questo lato della controversia sempre si troverà che sievi necessità di diritto pronunziare la condanna reclamata dalle prove sulla reità della ferita, qualunque sia la formula che possa esser dettata dalla insufficienza delle prove su lo storpio.

Ma giudicata definitivamente il fatto principale del reato, inflittagli la pena corrispon-

dente, il giudizio che si volesse reintegrare sullo stesso per connetterlo alla discussione delle novelle prove avute su la sua circostanza aggravante, su lo storpio, incontrerebbe, oltre la eccezione della cosa giudicata, un insormontabile ostacolo nell'applicazione della pena. Ed invero, l'aggravazione derivante dallo storpio porta talvolta non a semplice aumento di qualche anno o di qualche grado dello stesso genere di pena dovuta alla ferita o percossa, ma ad un tramutamento di pena diversa, ad un trapasso dalle pene correzionali alle criminali. Or, come innestare fra loro i caratteri di queste due penalità? Come mettere a calcolo dei ferri, inflitti a causa dello storpio verificato nel biennio del *non costa*, il tempo della prigionia espriata dalla prima condanna emessa sulla ferita? La legge che ha regolato il passaggio da una pena ad un'altra, non ha mica indicato come la espiazione di una pena compensi quella d'un'altra se non per la reclusione e la relegazione. Tanti inevitabili assurdi mostrano chiaramente che il *non costa* pronunziato intorno lo storpio non può, per qualunque prova sopravvenuta, dedursi in novello giudizio dopo proferta una condanna sulla ferita; che essendo sua qualità debbe seguire gli stadi giudiziari della stessa e non può continuare con caratteri litigiosi dopo che il fatto principale è rimasto coll'impronta di giudicato definitivo.

È questa la opinione della Corte Suprema in una delle cui decisioni l'avvocato Generale Comm. Nicolini così concludeva:

«La sospensione della presunzione assoluta d'innocenza non può avverarsi che per il fatto principale costitutivo del reato: non costa che l'accusato abbia commesso il tale furto, il tale omicidio, la tale ferita. Ma per le qualità del reato, per le quali è sempre ugualmente necessaria la prova convittiva, il *non costa* equivale sempre al *costa che non*, ove la reità principale sia provata. Così non appena che è costato d'essere stato il furto commesso dall'accusato, se non costi il valore ed il luogo, o il mezzo che renderebbe il furto qualificato; se costato d'essere l'accusato l'omicida non costi della qualità della violenza pubblica o della premeditazione o del mandato; se costato d'esser egli il feroce non costi della qualità dell'arma, o della volontà di ferire, o del pericolo grave della ferita, non si può per questa sola qualità aspettare i due anni. Sorge allora l'altra presunzione di diritto, che

distrutta da prove contrarie la presunzione d'innocenza il reato si presume sempre commesso col minimo dolo dell'autore, col minimo danno dell'offeso. Per lo che dichiarato: costa aver l'accusato commesso il tal reato, se non costino egualmente le qualità che lo accompagnano nell'accusa il *non costa* per queste equivale al *costa che non*, e definitivamente e di diritto *ad id quod minimum est summa redigenda est* (1). »

La Corte Suprema seguiva tale sentenza considerando: che il giudizio contro de Gerardis finì con la condanna, senza di essere stata la decisione impugnata da alcuna delle parti; che la dichiarazione di *non costa* cadde sugli effetti del fatto delittuoso, o in altri termini, sulle *qualità del fatto principale*; talchè non vi è applicabile il disposto dell'art. 280 procedura penale » (2).

La seconda circostanza onde si aggrava il carattere delle ferite o percosse è la morte che da esse ne conseguì; questo triste risultato è troppo irrefragabile attestato della loro gravità, troppo giusto reclamo della società per un maggiore risarcimento, per una espiazione più grave. Ma la morale giustizia consente forse che l'autore di una ferita risponda di questo fatale avvenimento in qualunque tempo si verifichi, che rimanga sempre col peso di una eventuale responsabilità?

Gli antichi criminalisti si erano scissi in due opposte sentenze intorno tale questione. Alcuni stabilivano per massima che *quandoquique sauciatus moriatur percussor de caede damnatur*; altri sostenevano che la morte non potesse imputarsi all'autore delle ferite se fosse avvenuta dopo 40 giorni: *Si obijt vulneratus intra quadraginta dies, post illatum vulnus, praeiudicium in vulnere decessisse, secus si moriatur post quadraginta dies*. Quest'ultima sentenza è di presente adottata anche dalla scienza medica: « sopra cento ferite, scrive il Puccinotti (3), quasi si può dire che i due terzi, ove si protragano quaranta giorni e più, innanzi di arrecar la morte, non sieno stata assolutamente mortali. »

Il Codice francese si attenne al sistema di

rigore, non statuì distinzione alcuna, cominciò una sola pena per qualunque caso, quella dei lavori forzati a tempo; da qui le giuste censure che fanno i nostri autori di questa lacuna delle loro leggi (4).

Il legislatore delle Due Sicilie andò alla sentenza opposta; distinse il caso della morte avvenuta fra quaranta giorni per la ferita o percossa, da quella verificata dopo questo termine; nella prima ipotesi comminò contro l'autore delle ferite o percosse la pena dell'omicidio; nella seconda sauzionò la presunzione che la morte non fosse effetto delle sole ferite o percosse ed accordò una diminuzione di pena di uno a due gradi. Nè qui si limitava la sua preveggenza; volle il legislatore dirimere con una disposizione testuale la controversia agitata intorno gli effetti legali delle cause che sopravvengono a contribuire alla morte dell'offeso; epperò stabilì che la presunzione d'esser la morte, avvenuta fra quaranta giorni, effetto delle sole ferite possa esser distrutta dalla prova che l'imputato adduca d'una causa sopravvenuta, ed accordò all'influenza di questa causa un'attenuazione di pena da uno a due gradi; estese poi tale attenuazione fino a tre gradi quando la influenza della causa sopravvenuta agisca per una morte che avviene dopo quaranta giorni. È questo il sistema delle leggi penali delle Due Sicilie formulato negli articoli 362 e 363. così concepiti: Il colpevole di percossa o ferita volontaria da cui segua fra quaranta giorni la morte, per la natura di dette ferite o percosse, sarà punito qual omicida. — Se la morte dell'offeso non sia avvenuta per sola natura delle ferite o percosse ma per causa sopravvenuta, la pena discenderà di uno a due gradi (art. 362). « Il colpevole di percosse o ferite volontarie da cui segua la morte, dopo quaranta giorni succeduti al misfatto, per sola natura di dette ferite o percosse sarà parimenti omicida, ma la pena discenderà di uno a due gradi — Se la morte dell'offeso non sia avvenuta per sola natura delle ferite o percosse ma per causa sopravvenuta, la pena discenderà di tre gradi — Se la pena, non ostante la minorazione del grado, è dei ferri sarà espia: nel presidio (art. 363).

(1) Quist. di D. it. vol. III, p. 381, v. 6.

(2) Decis. Corte Sup. 26 agosto 1836, causa Vincenzo de Gerardis.

(3) Lezioni di medicina legale, les. XV. n. 14.

(4) Ved. sopra, pag. 153..

Innanzi di farci alla disamina delle quistioni che derivano dai due trascritti articoli, fa mestieri definire il carattere del fatto in essi preveduto. La morte che avvenga da percossa o ferita volontaria è qui dalla legge non dichiarata omicidio, ma agguagliata allo stesso quanto alla pena. Perché questa diversità di linguaggio? qual differenza intercede tra questa ipotesi e l'omicidio di che parla l'articolo 355? Tutta la differenza sta in uno degli elementi essenziali ad ogni reato, nella *volontà*; l'omicidio contemplato dall'articolo 355 è effetto voluto di ferita o percossa data per *uccidere*, la morte di che parlano gli articoli in esame è conseguenza non voluta da chi feriva non per *uccidere*, ma per *ferire* semplicemente; nel primo caso il dolo del colpevole abbracciava e la causa e l'effetto, nel secondo la causa soltanto la ferita; il funesto effetto che da esse ne venne non era nella intenzione di lui; la dichiarazione di reità in quel caso è per *omicidio* volontario, in questo per ferite o percosse che hanno prodotta la morte; la pena è là applicata come espiazione propria dell'intrinseca reità del fatto, qui come aggravamento reclamato non dalla gravanza della reità morale ma da quella del danno materiale. Da ciò due rilevanti conseguenze.

La prima si è che ogni qualvolta questo danno materiale, non voluto dal colpevole, non si poteva da lui prevedere, l'aggravamento della pena si attenua alquanto, e così l'art. 362 si connette all'art. 391 come a suo necessario complemento, e mette i giudici nel debito di discutere, in ogni condanna per simile fatto, o nelle considerazioni o in questione apposta la *prevedibilità* dell'evento. L'altra conseguenza sta nella quistione: se alla morte preveduta dall'art. 362 sien comuni le disposizioni onde è negato il beneficio delle scuse a taluni *omicidii volontari* propriamente detti, cioè, a quelli avvenuti da ferite o percosse date non per ferire o percuotere soltanto ma per uccidere; quistione che va più opportunamente discussa nella teorica delle scuse.

Le espressioni *natura delle ferite*, *causa sopravvenuta*, adoperate negli art. 362 e 363 hanno ingenerate non poche difficoltà nella pratica. Quando la morte debbe dirsi effetto delle sole ferite, quando di causa sopravvenuta? ecco dove si rannodano gl'infiniti casi di controversie che si possono presentare in

questa materia. Per avere un principio generale che sia di guida nella loro disamina, a noi pare sufficiente indagar quali caratteri debbono concorrere nella causa che influisce ai tristi effetti delle ferite, perchè questa causa attenni la responsabilità del feritore. Provate il concorso di una causa sopravvenuta con tutte le caratteristiche legali, rimane provato non esser la morte effetto della sola natura delle ferite, che sono queste due forze fra loro esclusive; l'intervento della prima non ammette efficacia assoluta della seconda e rende ozioso ogni disame intorno la stessa. Ma quali sono le caratteristiche legali di questa causa? esse stanno, giusta la lettera e lo spirito dei trascritti articoli, nel concorso simultaneo di queste quattro circostanze, cioè, che la causa debb'esser *sopravvenuta*, di concorso *attivo*, *indipendente* dalla ferita o percossa, da ultimo d'*influenza necessaria* ma non *sufficiente* da sé sola a cagionar la morte. Ove manchi uno di questi caratteri o la morte debbe dirsi effetto della sola ferita, o conseguenza della sola causa che vi sopraggiunge.

Perchè la causa, onde è spinta a morte una ferita o percossa inefficace per se sola a tale effetto, disgravi in parte la responsabilità del colpevole, fa mestieri che agisca nell'offeso dopo ricevute le ferite. È questa una condizione richiesta testualmente dalla legge con la parola *sopravvenuta*. Di là ne conseguita non potersi tenere come motivo di necessaria attenuazione di pena, ai sensi degli articoli in esame, la malsania che travagliava l'offeso innanzi d'esser vittima dei colpi del feritore. Qualunque influenza avesse potuto avere tale malsania ai tristi effetti della ferita, questa rimane sempre col carattere di causa immediata della morte, perchè senza di essa il ferito benchè debole, benchè infermiccio, benchè malsano avrebbe forse potuto reggersi in vita per altro tempo. Era questa anche la sentenza del diritto Romano; leggesi in un frammento di Ulpiano: *Si quis servum aegrotum leviter percussit et ita obierit, recte Labeo ait lege agnitionem cum teneri, quia aliud alii mortiferum esse solet* (1). Ed il Pothier, dando ragione di questa massima, aggiunge che la ferita o percossa non è un essere astratto ma relativo al soggetto su

(1) Lib. IX Pand. tit. 2, art. 1, § IV.

cni cade , e solo dagli effetti in esso operati attinge la sua qualificazione: *Lethale vulnus occipimus relative ad eum qui vulneratus est* (1). Non v'ha dubbio che se la ferita, mortifera pel vizioso organismo dell'offeso, sia tale da mostrare non voluto nè preveduto quel effetto dal colpevole, costui merita un'attenuazione di pena, ma questa attenuazione debbesi nelle nostre leggi attingere non dalla disposizione ora in esame, sibbene dall'art. 391, il che porta a ben diverse conseguenze. Nel primo caso, provata la influenza di una causa estranea con le sue legali caratteristiche, il colpevole ha provato il suo diritto all'attenuazione di pena, qualunque sia stata la intenzione onde era animato in ferire o percuotere, qualunque l'arma adibita nel misfatto. Nel secondo, perchè la pena si attenni, debbesi dal reo dimostrare non solo di non aver voluto ma di non aver potuto prevedere le tristi conseguenze del suo fatto; non solo di aver ignorato la infermità, il vizio organico che rese mortale la sua non mortifera ferita, ma ancora di aver ferito con arma *impropria*. In questo senso, che nasce dalla lettera della legge e dalle dottrine dell'antico diritto, s'è costantemente pronunziata la giurisprudenza (2) che venne confermata da una Ministeriale del 10 ottob. 1838, la quale bellamente sviluppa i principj della materia in questi termini:

« Si è presentato il caso di percossa o di ferita, che sebbene non grave per l'uomo valido porti l'uomo malsano a morte, sia coll'inasprimento in lui un male preesistente alla ferita o percossa, sia con attivar nell'offeso una predisposizione al male che lo ha privato di vita; ed è questione: 1° Se la morte sia da reputarsi estranea alla ferita sol perchè essa non avrebbe portate nell'uomo sano le conseguenze medesime, e se per gli effetti giudiziari nella specie, la pena applicabile sia quella delle ferite non gravi, o l'altra di omicidio, a norma dell'enunciato articolo 362. 2° Se amessa l'applicazione di questo articolo 362, debbe la morte attribuirsi alla natura delle ferite, ovvero a cause sopravvenute, come nella parte seconda dell'articolo medesimo.

« La morte di un individuo per ferita, senza la quale sarebbe egli tuttavia in vita, è attribuita alla natura della medesima, e produce che il feritore sia caduto, quell'omicida, nella sanzione della prima parte dell'articolo 362. E si osserva al proposito, che la ferita non è a guardarsi come oggetto di astrazione, isolata dalla persona offesa, ma la sua qualità è nel rapporto dello stato fisico del ferito nel tempo alla medesima posteriore. Qualunque sia il suo primo stato, se non fosse egli morto senza la ferita, non può la morte aversi come alla ferita estranea. Nel caso, per esempio, di uomo afflitto da ostruzione, che inasprita dalla ferita lo abbia menato a morte, si ha l'omicidio non per causa indipendente dalla ferita e molto meno per causa sopravvenuta, giacchè preesistente era l'ostruzione, ed esacerbata è divenuta mortale. Lo stato dell'offeso debole per età o per malsania non allevia la colpa dell'offensore, anzi l'accresce. L'uomo che insensibile alla debolezza ed alla infermità rivolge il colpo omicida contro le persone fiaveli ed inermi, non può elevare a motivo di scusa la propria insensibilità, e la mancanza di riguardi dovuti alla sventura ed all'età: il principio contrario sarebbe ben funesto ai fanciulli, ai vecchi ed agli infermi. Se il feritore avesse ignorato lo stato debole o malsano del suo avversario, e l'ignoranza fosse tale che egli non prevede le conseguenze del colpo dato, nè poteva affatto prevederle, allora sarebbe il caso dell'applicazione dell'articolo 391 delle leggi penali, ed in conseguenza della diminuzione della pena dal medesimo stabilita. »

Il secondo requisito della legalità del motivo di attenuazione di pena, statuito nel secondo comma dell'art. 362, si è che la causa, la quale influisce a render mortifera una ferita, sia di *concorso attivo*, cioè, *agisca* con forza sua propria sul organismo dell'offeso, alimenti il germe morboso della ferita con un male novello, aggiunga alla potenza nociva dell'offesa una forza letale che in essa non v'era. In conseguenza, nulla giova al feritore il provare che niun sinistro accidente sarebbe avvenuto dalle ferite se avessero avuto pronto o miglior riparo dai soccorsi dell'arte. Il difetto assoluto o la imperizia di medela se non oppongono i debiti ostacoli alle forze distruttrici della ferita nulla però vi aggiungono di peggio; non fanno che lasciare il paziente alla balia del contrasto tra le forze vitali della natura e le forze

(1) L. 7, § 5 Dig. IX, 2, ad leg. Aquil.

(2) Decis. Corte Sup., 23 aprile 1838, causa Vincenzo Greco; 30 aprile 1838, causa Giovanni d'Ambrosio; 23 novembre 1839, causa Giuseppe Ricciardi.

dissolventi delle ferite; se le prime cedono alle seconde, se in questa lotta soccombe la vitalità, questo evento è della sola forza della natura delle ferite, è tutto conseguenza dell'opera del feritore. Epperò, a buon diritto la Corte Suprema in simile quistione dichiarava: non potersi mettere in dubbio che la legge caleola la volontà ed il danno, non già i possibili effetti dei ritrovati dell'arte salutare (1). « Ed altra volta: che i possibili ajuti dell'arte salutare non possono entrare in calcolo per diminuire la intensità del reato, giacché la legge valuta il danno e non già gl'incerti eventi che possono derivare dai soccorsi dell'arte (2). »

Debbesi però decidere tutt'altrimenti se la medela sia non già inopportuna o inefficace per la guarigione, ma nociva, ma tale che invece di calmare la forza della ferita l'inasprisca; se l'esacerbamento del male dipende non da intrinseca forza della ferita ma da sregolatezze, da stravizi del ferito. « *Lethaliter vulneratus*, diceva il Damudero (3), *et moriens vel sua negligentia, malo regimine, concubitu venereo, larga potatione, mala custodia, noxio cibo aut potu, sui ipsius homicida est et vulneratorem ab homicidij crimine liberat*. In tutti questi casi la efficacia morbosa delle ferite o percosse non è mica abbandonata al corso delle sue sole intrinseche forze, ma vi si aggiunge una spinta da forza di causa estranea, l'effetto dunque della morte non può dirsi conseguenza esclusiva dell'opera del colpevole.

Il terzo requisito acciò questa spinta di forza, che sopraggiunge a concorrere ai ferali effetti della ferita, possa giovare al colpevole si è che non abbia sua origine dal fatto delittuoso delle ferite o percosse, ma sia da esse indipendente. Mal si avviserebbe l'imputato sostenere che non sia per natura della ferita la morte avvenuta per febbre, se questa fu eccitata da sola forza di percossa data nel cervello; ma se, per l'opposto « trattandosi di ferite nella testa nasca poi la cancrena nel piede, o trattandosi di ferite nella vescica nasca la pleurite, oppure di ferite nel addome e veggasi l'apoplessia, morendo con tali sintomi

il ferito, a giusta ragione non può attribuirsi la morte alla ferita che non ha nessuna connessione con tali sintomi, li quali non nascono da essa ma da altra cagione (4). »

L'ultimo requisito riguarda i rapporti di proporzione tra la influenza mortifera delle forze della ferita e quelle della causa sopravvenuta, ed è, che la morte avvenga pel combinato concorso delle forze rispettive di entrambe le cause, che una sola di esse sia inefficace per tanto effetto, che *obierit caesus ex utroque non moriturus forte ex alterutro*, come diceva un dotto criminalista (5). Da ciò due rilevanti conseguenze; la prima si è doversi ben rifermare in fatto d'esser stata la causa sopravvenuta di efficace influenza all'avvenimento della morte. Se questa causa sopravvenuta sia stata un accessorio indifferente e di nessuna cooperazione alle forze mortali della ferita, la sua presenza come nulla aggiunte all'opera del feritore così nulla può togliere della sua responsabilità.

Per l'opposto, la seconda conseguenza si è che se la causa sopravvenuta sia stata da sé sola sufficiente a cagionar la morte, nè abbia attinta per questo effetto la menoma cooperazione dalla ferita, allora questa, comechè giudicata gravissima ed atta a dar morte, non può trascendere alla gravità dell'omicidio, ma rimane col carattere e la responsabilità di semplice ferita. Ed in vero, se essa niuna influenza ebbe alla morte, se altra causa ha antivenuti i suoi effetti, togliendo così il mezzo di verificar col l'evento i caratteri di letalità in essa supposti dal giudizio dei periti, sarebbe un sostituire le presunzioni alla realtà, le finzioni al fatto, l'ammettere in esse una responsabilità di omicidio non per avere ucciso, ma per la possibilità che avevano di uccidere « *Si servus vulneratus mortifere*, diceva il diritto Romano, *postea ruina, vel naufragio, vel alio actu maturius perierit, de occiso agi non posse sed quasi de vulnerato* (6); ed altrove il giureconsulto Celso: *si alius mortifero vulnere percussus alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit sed quasi*

(1) Decis. 13 luglio 1835, causa Francesco Losardo.

(2) Decis. 2 dicembre 1833 — causa Salvatore de Sanctis.

(3) Pratica crim. pag. 192, cap. 77, n. 19.

(4) Parole del Briganti — Prat. crim. miscellanea, tit. 1, delle ingiurie reali, § III, n. 69.

(5) Anton Mattei de criminibus — L. b. XLVIII Dig. tit. V. de Sicariis, n. 19.

(6) L. 15, § 1, Ulp. l. b. 18, ad Edict.

vulneraverit, posteriorem teneri quia occidit: quod et Marcello videtur et est probabilius(1).

Questo principio trovasi applicato dalla Corte Suprema ad un fatto che può di sovente intervenire nella pratica.

Un Francesco Calvello cagionò in testa d'un infelice una ferita, giudicata pericolosa di vita per sua natura; gli effetti di questo pericolo furono però antivenuti da altri che con un colpo spezzò al ferito la giugulare; fra i due feritori non v'era nissun nesso di complicità. Intanto la G. Corte Criminale condannò Calvello quell'omicida, considerando « che entrambe le ferite erano mortali di loro natura, e l'una indipendentemente dall'altra, e ciascuna considerata isolatamente, apportar dovea la morte dell'ucciso, siccome avvenne; e quella prodotta da Calvello avrebbe fatto lo stesso che l'altra, se quest'ultima non avesse più prontamente accelerato il fine a cui entrambe tendevano. » Portatosi ricorso dal condannato, la Corte Suprema annullò la definizione del reato come contraria ai fatti, per essersi dichiarato colpevole di omicidio l'autore della prima ferita che in realtà non aveva ucciso (2).

Debbesi però notare che questo principio non può avere applicazione se la ferita, i cui letali effetti furono antivenuti da altra causa mortifera, recavasi non nel fine di *ferire* ma con la volontà di *uccidere*. Allora quella tale ferita rimane col carattere e con la pena non di ferita grave, ma di omicidio tentato o mancato.

Il periodo di 40 giorni fissato dall'art. 363 ha dato luogo alla quistione di sapere: se valga in tale rincontro la regola: *dies termini non computantur in termino*, e l'altra di termine a quo e termino ad quem, se il cominciamento del giorno debbasi fissare dal mattino o dalla mezzanotte. Tale quistione presentavasi alla Corte Suprema coi seguenti elementi di fatto: una ferita commessa alle ore 20 del 12 ottobre 1822 avea prodotta la morte nelle ore 8 del giorno 21 successivo novembre. La G. Corte calcolando i giorni scorsi dal momento della ferita a quello della morte, ciascuno per 24 ore, trovò che mancavano 12 ore per compire i 40 giorni ed ap-

plicò la prima parte dell'art. 362. Sul ricorso del condannato la Corte Suprema si pronunciò in questi termini: « La ferita, in persona di Giuseppe Mittiga fu commessa verso le ore 20 del dì 12 ottobre 1822; la morte accadde nelle ore 8 del giorno 21 del successivo novembre. Computati i giorni dal dì 12 ottobre inclusivamente al dì 21 novembre inclusivamente si hanno giorni 41; fattosene poi il computo a ragione di 24 ore per giorno si hanno giorni 39 ed ore 12. La legge quando ha voluto che i giorni si calcolassero a ragione di 24 ore ognuno, lo ha espressamente ordinato: così nel calcolarsi i giorni di pena ella coll'articolo 40, cui è riferibile il 52 delle leggi penali, prescrive che i giorni di pena fossero interi di 24 ore. Non avendo prescritto lo stesso in tutti gli altri casi nei quali ha contemplato il giorno, allora per giorno si è sempre inteso quel tempo che rimane dal momento dell'azione seguita sino alla mezzanotte. Con questa norma si regola il calcolo dell'età ed il calcolo dei fatali, poichè il primo giorno comecchè incominciato si reputa, per virtù di antico e non mai controverso assioma di diritto, per giorno intero sino alla prossima ventura mezzanotte, non ostante che una sola ora ne resti.

« E poichè ogni giorno novello incomincia dalla mezzanotte e termina colla mezzanotte successiva, calcolandosi colla precipitata norma il tempo decorso dal dì della ferita al dì della morte, si troverà che Giuseppe Mittiga morì nel principio del giorno 41, cioè, quando era scorsa un'ora e $\frac{1}{4}$ dal quarantesimo e non già 12 ore prima che il quarantesimo fosse scorso. Se un calcolo diverso si volesse adottare in tutti i casi nei quali si parla di giorni, e si volesse il primo giorno assolutamente calcolare per ore 24, gravi sconcerti seguirebbero nelle materie penali come nelle civili, e si per calcolare l'età come per calcolare i fatali.

« Non sono poi consentanei alla ragione i due assunti: 1° Che il calcolo aritmetico dei giorni o degli anni non include mai il primo da cui il calcolo incomincia; 2° Che il giorno finisce alle ore 24 ed il giorno novello incomincia all'ora prima di notte. Al primo assunto si risponde che cercandosi sapere quanti giorni sieno scorsi del 1° ai 10 del mese si risponderà sempre di esserne scorsi 10 non già nove, e si risponde al secondo che il novello giorno incomincia sempre dalla mezzanotte.

(1) L. 11 § 3, Dig. IX, 2, ad leg. aquilam.

(2) Decis. Cort. Sup. 23 marzo 1838, causa Francesco Calvello.

« Sotto tutti i rapporti dunque la definizione non corrisponde ai fatti, poichè dovea dichiararsi la morte seguita dopo il quarantesimo giorno (1). »

La legge nella prima parte dell' art. 363 statuisce la presunzione che la morte avvenuta dopo quaranta giorni non sia effetto della sola natura delle ferite, e a questa presunzione concede una diminuzione di pena da uno a due gradi. Può forse, nel silenzio della legge, estendersi questo beneficio allo *storpio* che avvenga dopo quaranta giorni? La Corte Suprema si pronunziò per la negativa dichiarando: « attesochè per la pena nulla rileva che lo *storpio*, dipendente dalla ferita, sia seguito prima o dopo i quaranta giorni; che nel solo caso in cui la ferita produce la *morte* dopo i quaranta giorni vi ha luogo a diminuzione di pena (2). » Pare che non sien questi motivi sufficienti a giustificare la verità del principio; la diminuzione di pena stabilita per la morte avvenuta oltre i quaranta giorni non può applicarsi allo *storpio* non pel silenzio della legge, ma perchè questo silenzio ha sua ragione nella natura specifica dei due fatti delittuosi. La morte ha un carattere troppo spiccato, troppo distinto da segni peculiari per non ammettere gradazioni che la ricongiungano ad altro stato, che confondano il suo avvenimento col modo di essere onde fu preceduta, con la vita. Per contrario nello *storpio* non v' ha un trapasso repentino da uno stato ad un altro tutto opposto, come dalla vita alla morte; il suo avvenimento non è del giorno in cui si dichiara verificato, ma risale quasi sempre alla stessa data delle ferite. Ed invero, il vizio, la infermità, la debolezza del membro o organo, oggi dichiarato *permanente*, e perciò costitutivo di *storpio*, non è un fatto nuovo ma quella stessa debolezza, quella stessa infermità che travagliava l' offeso nei giorni precedenti; prima si presentava col carattere di pericolo che poteva svanire, dopo rimane roll' impronta di non sperabile guarigione. Inoltre, la morte è un tal fatto che non lascia all' arbitrio di chichchessia il protrarre la data del suo reale avvenimento; per contrario nello *storpio* i periti possono a lor talento non di-

chiararlo verificato che dopo i 40 giorni, e così il beneficio della legge andrebbe dispensato non dal carattere intrinseco del fatto ma dalla volontà dei medici. Epperò il termine, che poteva il legislatore fissare per distinguere in due categorie la influenza penale dell' avvenimento della morte, non poteva applicarsi anche all' avvenimento dello *storpio*.

Ma che dirassi se lo *storpio* sia effetto non della sola natura delle ferite ma anche di causa sopravvenuta? Il silenzio della legge serbato su questo caso può forse interpretarsi come un niego della diminuzione di pena accordata per pari ragione all' avvenimento di morte? A noi pare che non si possa dedurre sì rigorosa conseguenza. Egli è vero che niun reato può essere scusato nè la pena mitigata che nei casi e nelle circostanze in cui la legge dichiara il fatto scusabile e permetta di applicare una pena men rigorosa (3); ma non è men vero il principio universale d' imputabilità onde va dettata la massima: niuno esser tenuto di ciò che non sia conseguenza del proprio fatto. Non è men sacro il canone di ragion pubblica il quale proclama che le leggi non sono creatrici ma dispensiere del merito o demerito delle azioni. Se lo *storpio* si presenta come effetto non della sola natura delle ferite, ma d' altra causa estranea alle ferite e al feritore, qual bisogno v' ha che la legge dichiari non esser questi tenuti di quella porzione di danno la quale non è conseguenza del fatto suo? qual bisogno di proclamare un principio che non potrebbe esser negato senza distruggere la realtà delle cose?

Qui non trattasi di ammettere una scusa per via d' interpestrazione, ma benvero di escludere l' aggravamento di una pena che la legge poggia sopra elementi di fatto non concorrenti nella specie. di vedere se possa allo *storpio*, derivato da ferite e da cause estranee, applicarsi l' aggravazione dalla legge stabilita contro quello *storpio* che sia tutto effetto dell' opera del feritore. Or se tale questione fu dalla legge risolta in riguardo alla morte, se fu ivi dettato per la pena un temperamento di transazione tra la totale impunità del tristo evento, che non ha sua causa dal solo colpevole, e l' immeritato rigore di una totale aggravazione, non vediamo qual necessità vi sia di una disposizione

(1) Decis. Cort. Sup. 10 Nov. 1823, causa Giovanni Mittiga.

(2) Dec. 11 luglio 1836, causa Niccola Tasasco.

(3) Art. 63.

espressa per altro caso identico: *cum in aliqua causa*, diceva la Romana sapienza, *sententia legum manifestata est is qui jurisdictioni praesi ad similia procedere atque ita jus dicere debet* (1). *Nam ut ait Pedius quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est caetera quae tendant ad eandem utilitatem vel interpretationem vel certe jurisdictionem supplere* (2). E però vediamo che nel Codice Francese, il quale non prevede la influenza di causa estranea nè per l'avvenimento della morte nè per quello della incapacità al lavoro per più di 20 giorni, gli autori e la giurisprudenza non sono men concordi in trarre da tal silenzio della legge questa conseguenza proclamata dal linguaggio dei fatti (3). Nè vale il dire che la disposizione espressa in rapporto all'avvenimento della morte sia certa prova d'essere il silenzio, serbato intorno lo storpio, indice ben chiaro di non voluto pareggiamento tra questi due fatti. Tale argomentazione ben si apporrebbe al vero se il dubbio versasse su conseguenze di disposizioni onde fosse o dichiarata una norma non di naturale equità ma di prudenza legislativa, o prescritta una eccezione ai principj generali di diritto, o comminato un esasperamento di pena. Trattandosi però di moralità non fittizia ma derivante dall'intrinseca natura dei fatti, la massima imperante si è che: *ubi eadem ratio legis est*, trattandosi di principio che è non *contra* ma *iuxta rationem juris* non lice dire che non *est producendum ad consequentias*; trattandosi di togliere non di aggiungere l'aggravamento di una pena: sempre in *dubio benigniora praeferenda* (4).

Puossi è vero opporre che il legislatore ha già calcolate a prò del colpevole le eventualità degli accidenti, i quali influissero sulla ferita a cagionar lo storpio, quando nell'articolo 360 prescrive non *doversi applicare nel maximum* la pena del primo grado dei ferri se lo storpio e la mutilazione vengono da percosse o ferite gravi per *accidenti*. Questa obbiezione a noi pare di forza più apparente che reale, perciocchè non debbonsi confondere gli *accidenti* di cui par-

la questo articolo con le cause *sopravvenute* di che fa parola l'articolo 362. I primi non sono effetti estranei alla potenza morbosa delle ferite o percosse, ma in esse attingono le remote cause di loro esistenza, in esse i timori delle sinistre eventualità cui possono ingenerare, ad esse vanno congiunti con rapporti di causa ed effetto. Ma la causa *sopravvenuta*, per avere questo nome col valor legale definitole dall'art. 362, debb'essere come abbiamo detto *indipendente* dalle ferite, di origine estranea al fatto materiale del reato. Gli *accidenti* se non sono necessarie, immancabili, assolute conseguenze delle ferite, e perciò le distinguono da quelle pericolose di loro natura, sono però delle conseguenze possibili, sono tali che dalla ispezione della parte lesa può il medico prognosticarle. La causa *sopravvenuta* non può avere un pronostico preventivo che qualifichi le ferite di pericolo eventuale, poichè non v'ha nesso alcuno che ad esse la rapporti e la presenti alla mente del chirurgo osservatore come una delle loro immaginabili conseguenze. Nelle ferite mortifere per *accidenti* l'azione letale è tutta di una sola causa, del fatto del feritore; gli *accidenti* non hanno una vita loro propria, una forza peculiare, ma s'innestano alle ferite e formano con loro un sol tutto. Per contrario in quelle mortifere per *causa sopravvenuta* l'azione morbosa è di due forze distinte, indipendenti fra loro, che vanno in parallelo, che hanno delle diagnosi peculiari, che concorrendo allo stesso effetto, mantengono ciascuna le individuali caratteristiche onde vanno dalla scienza medica contraddistinte. Così, sarà storpio per accidenti quella cecità che avviene da una ferita dell'arco ciliare, onde per difetto di convenevole medela s'ingeneri nel bulbo dell'occhio una forte echimosi; ma se all'occhio così impiagato dalla ferita si aggiunga il contagio di un *pus* venefico, il quale influisca sulla ferita per la cecità, avrassi uno storpio derivato non da soli *accidenti* della ferita, ma da essi e dal concorso di causa *sopravvenuta*. Nel primo caso, la moralità del fatto del feritore è certamente men rea che se lo storpio fosse effetto assoluto ed immancabile della gravità del fatto suo, perciò saviamente la legge escluse per esso il *maximum* della pena sancita contro lo storpio nascente dalla intrinseca natura della ferita. Ma questa differenza

(1) L. 12 D. de legibus.

(2) L. 13 D. eod. tit.

(3) Ved. sopra pag. 148 e 150.

(4) L. LVIII, ff. de reg. juris.

di moralità diventa senza dubbio più sensibile messa in lance tra lo storpio derivato da *accidenti* della ferita e quello nascente da cause sopravvenute, chè nel primo l'effetto, comunque non necessario, pure è tutto delle ferite, nel secondo è di altro fatto estraneo al feritore; non sarebbe dunque dei principj di giustizia che l'attenuazione di pena si limitasse per la seconda ipotesi a quella statuita per la prima.

Nè questa distinzione della diversità che intercede tra il valor legale degli *accidenti* e quello delle *cause sopravvenute* è arbitraria. Queste due espressioni furono distinte dallo stesso legislatore; avendo egli nell' articolo 362 adoperate le parole *causa sopravvenuta* dopo che in altro articolo non molto lontano, nell'articolo 359, avea usate le parole: pericolose *per accidenti*, ha mostrato che nella sua mente questi due vocaboli non avevano lo stesso significato; che la fatale conseguenza di una *causa sopravvenuta* non è l'avveramento di quei pericoli che egli avea detto: di *accidenti*, ma tutt'altro effetto.

Ma qual pena prendere per tipo affin di concedere allo storpio la diminuzione dovuta all'influenza della *causa sopravvenuta*? quanta debb'essere questa diminuzione? a noi pare che questo dubbio va risoluto con la soluzione della quistion principale finora discorsa. O si conviene dell'analogia che pareggia questa ipotesi a quella dell' articolo 362, ed allora debbesi seguire lo stesso calcolo di penalità, cioè, diminuir di uno a due gradi quell'aggravamento di pena che lo storpio si avrebbe meritato se fosse derivato senza l'influenza di questa *causa sopravvenuta*. O quest' analogia si nega, ed allora il dubbio cade non sull'applicazione ma sulla verità della teorica, allora è vano discutere sul grado dell' attenuazione se si nega il motivo legale che può farla ammettere.

La castratura preveduta dall' articolo 364 può mai godere il beneficio della teorica della *causa sopravvenuta*? lo può se dalla castratura ne derivi la morte? Quanto al primo dubbio crediamo necessaria una distinzione, onde debb'esser regolata non l'applicazione del principio ma la gradazione della pena: se la castratura fu effetto immediatamente e direttamente voluto dal colpevole, qual' è la ipotesi dell' articolo 364, allora la diminuzione di pena debbe prender per base il 4° grado dei ferri; ma se la perdita degli organi gene-

rativi sia non voluto effetto di una ferita recata nel solo fine di ferire, allora non puossi più addimandare misfatto di *castratura* ma storpio derivante da ferita o percossa, e come tale va governato da tutte le teoriche dello storpio e della mutilazione.

Quanto poi alla morte che avvenga dalla castratura a noi pare che le si debbano applicare le regole sì della causa sopravvenuta come del termine de' quaranta giorni. Il secondo comma dell' art. 364 non ebbe altro in mira che di elevare la pena di simile omicidio dal quarto grado dei ferri alla morte; non altra modificazione dunque puossi da esso inferire per gli articoli 362 e 363 che quella di doversi per la ipotesi in esame calcolare i gradi di diminuzione incominciando dalla morte.

Il giudizio sulla influenza delle *cause sopravvenute* è un giudizio di fatto che dipende tutto dal criterio morale dei giudici. Ma se è in loro facoltà di farne quella valutazione che credono, debbono però discuterla o in apposita quistione, o in appositi considerandi; opposta che sia dall' imputato. La omissione di mettere ad esame una simile eccezione porterebbe a nullità. È questa la dottrina derivante dall' art. 380 p. p. e proclamata dalla giurisprudenza. « Considerando, diceva in una sua Decisione la Corte Suprema, che la ricorrente nel subito interrogatorio, fra le altre cose, dedusse di esser la morte del Tafano derivata da febbre maligna e non dalle ferite, ed indicò dei testimonj e fra gli altri gli stessi medici curanti — Che versatosi su detto interrogatorio restarono dette circostanze provate e ritenute dalla Corte — Considerando in diritto che la esposizione e l' accoglimento di queste circostanze *esigeva per necessità di legge* la elevazione della quistione: se fosse applicabile al caso anche la minorante contenuta nel secondo comma dell' art. 362 leggi penali, ai termini dell' articolo 380 p. pen.; che essendosi omessa una tale quistione, imperiosamente richiesta dal fatto ritenuto e dalla legge, furono espressamente violati i citati articoli e l' art. 293 proc. pen. (1).

Innanzi di metter fine alla disamina dell' attenuazione di pena statuita dagli arti-

(1) Decis. Cort. Sup. 8 Giugno 1836, causa Camilla Manzo.

coli 362 e 363 è mestieri determinare gli elementi legali del suo carattere. La causa *sopravvenuta*, onde è quella diminuzione, o che sia reale come nella seconda parte dell'articolo 362, o che sia presunta come nell'articolo 363, cioè, ammessa pel solo elasso del termine dei 40 giorni, riflette sempre la prova generica, s'innesta al fatto materiale del reato senza avere rapporto alcuno con la prova specifica, senza ritrarre dalla persona o dall'animo del colpevole tinta alcuna pei suoi costitutivi elementi. Essa ad dimostra che l'effetto avvenuto non è tutto dell'azione delittuosa del delinquente, ma nulla depone in disgravio del dolo con cui quell'azione sia stata commessa; da ciò due rilevanti conseguenze. La prima che la sua applicazione non è dei soli omicidj preveduti nel *titolo* in esame, cioè, di quelli che avvengono da ferite o percosse date nel fine di ferire o percuotere soltanto, ma di tutti i casi in cui si ha una morte violenta, qualunque sia stata la intenzione del colpevole, qualunque la circostanza morale o personale onde possa essere aggravato il fatto nei cui effetti si ravvisa la influenza della causa sopravvenuta. La seconda conseguenza si è che la diminuzione di pena, cui sia di motivo la causa sopravvenuta, è distinta ed indipendente da quella cui può dar luogo la scusa di provocazione, di rissa, o la non prevedibilità dell'evento che abbia sorpassato il fine del delinquente, poichè una riguarda la causa fisica, l'altra la causa morale del fatto. Epperò, se l'imputato o il fatto stesso presenta cumulativamente tutte queste eccezioni, cade in nullità quella G. Corte che non le discute tutte, o tutte non le accoglie se si offrono verificate coi requisiti voluti dalla legge. È questo un principio rifermato dalla Giurisprudenza della Corte Suprema, la quale in una delle sue decisioni adottava la requisitoria dell'Avv. Gen. Comm. Nolini così concepita: « Parmi violata la legge quando si è espresso che la morte del ferito avvenne quasi due mesi e mezzo dopo del colpo, e intanto non si è guardato l'articolo 363. Questo articolo non guarda il dolo del delinquente ma la sola parte fisica del fatto. Sia questo premeditato, sia volontario semplice, sia scusabile, sia colposo, se produca la morte dopo quaranta giorni le si deve la pena degli omicidj, ma diminuita ai sensi del citato articolo. Quando poi con la

guida dell'articolo 363 si è conosciuta la pena che conviene alla parte fisica del fatto, allora si deve discendere alla questione di scusa dipendente dalla causa morale. L'una diminuzione non ha che fare con l'altra: conceduta l'una risultante solamente dalla prova generica, non può negarsi anche l'altra ove risulti dalla prova specifica. Quella nasce dalla natura della ferita indipendentemente dal dolo del feritore, questa dal grado del dolo del feritore indipendentemente dalla natura delle ferite (1). »

La terza circostanza aggravante le ferite o percosse si è la qualità di *arma propria* o da *fuoco* nell'istrumento con cui quelle furono recate. « Se la percossa *grave* o *ferita grave* sia avvenuta con arma da fuoco o con qualunque arma propria, la pena sarà del primo grado de' ferri nel presidio » dice l'articolo 357; e l'articolo 361 soggiunge: che la ferita o percossa *lieve* sarà in tal caso punita col primo al secondo grado di prigionia.

La legge guarda le armi sotto tre aspetti: nel loro significato generale d'istrumenti, di utensili incidenti, perforanti e contudenti, e statuisce una qualifica di aggravazione per taluni reati in commettere i quali il colpevole si trovasse fornito di essi: in un significato più ristretto e limitato alle così dette *armi proprie*, ed eleva il loro uso nel delinquere a presunzione di maggior dolo nel colpevole: da ultimo, in un senso anche più limitato, in una specie composta delle così dette armi *vietate*, ed eleva a reato sui *generis* la loro detenzione, asportazione, fabbricazione o vendita, praticate senza la debita permissione dell'autorità.

Nella prima categoria vanno comprese le disposizioni degli articoli 341 n° 2 e 408 n° 2; la legge volle in questi casi colpire coll'aggravazione di pena non altro che la maggior facilità d'incuter timore alla vittima del delitto, per trarla alle lascive o avere voglie del delinquente. Questo mezzo di terrore si è ravvisato in ogni istrumento atto ad offendere, qualunque sia la forma di sua struttura, qualunque la sostanza onde è composto. perciò adibite le espressioni generiche *armi, armato*, senza designazione di specie, di qua-

(1) Decis. Cort. Sup. 27 luglio 1838, causa Filippo di Mangoro, idem causa Vincenzo Lupo.

lità. L'unica norma dunque a tener presente nell'applicazione di questi articoli si è che: *armorum appellatio non utique scuta et gladios et galeas significat sed et fustes et lapides* (1), che *armatos non utique eos intelligere debemus qui tela habuerunt sed etiam qui aliud quod nocere potest* (1). È però da notarsi, come abbiamo detto altrove (3), che acciò l'istrumento di cui il colpevole trovisi fornito nel delinquere abbia il nome di *arma* e qualifichi il reo *armato* è mestieri che sia stato adoperato se non ad altro almeno ad incuter timore, perciocchè, ai termini dell'art. 148, non può un istrumento riputarsi *arma* se non quando si rivolga effettivamente alla offesa o difesa.

Nella seconda classe di aggravazione vanno le ipotesi degli articoli 147, 357 e 391; la natura delle armi in questi articoli menzionate fa presumere nel colpevole la volontà determinata a misfare, la intenzione di render mortali le ferite o percosse che reca con questi tali istrumenti, di aver voluto i tristi effetti che per avventura da esse derivassero. Epperò il legislatore in queste disposizioni non si vale della espressione generica: *armi*; non comprende quegli istrumenti che possono accennare non a fini delittuosi ma ad usi della vita; non guarda quelle armi la cui azione è quasi sempre proporzionata alla forza onde sono spinte, ma bensì quelle che per loro struttura con lieve spinta cagionano gravi effetti, le sole *armi proprie*. Ma quali s'intendono per armi *proprie*? ecco il nodo di tutte le quistioni che possono insorgere nell'applicazione di questa circostanza aggravante, la quale risiede tutta nella qualità *propria* dell'arma.

« Sono *armi proprie*, dice il 2° comma dell'articolo 148, quelle la di cui destinazione principale ed ordinaria è la difesa propria o l'altrui offesa. » È questa la definizione data da Federico: *quae nocendi magis causa quam alterius cuiusque liciti operis gratia sunt parata* (4); *quae principaliter et secundum ordinationem naturae nocere possunt, non autem quae ad alium usum destinata sunt*, come diceva il Farina-

cio (5); così per definire se un'arma sia o pur no *propria* non debbesi altro guardare che l'uso comune a cui l'addice la stessa sua costruzione originaria. Il fatto d'esser stata dal delinquente adibita a misfare non può dar la qualità di *propria* ad un'arma destinata comunemente agli usi di arti e mestieri; epperò avendo una Gran Corte dichiarato *arma propria* un *puntaruolo* definito da sarto, di che era fornito uno di tre ladri in commettere un furto, la Corte Suprema annullò la Decisione sul motivo che l'uso fatto del puntaruolo per delinquere non poteva distruggere la sua originaria destinazione ad usi della vita (6). Per l'opposto se l'arma, con cui commettesi una ferita o un omicidio, sia per sua originaria struttura fatta per l'offesa o la difesa, non può mai perdere la qualità di *propria* per l'uso domestico o artistico cui l'avesse addetto il colpevole, perciocchè, volnisi ripetere, il carattere di *propria* o *impropria* non dipende dalla volontà degli individui ma dall'uso comune cui l'arma è addetta dalla sua fisica costruzione. Ma qual norma seguire se la struttura dell'arma ben si adatti e agli usi della vita e alla offesa o difesa altrui? Allora il luogo e il tempo, e la condizione della persona, onde l'arma è volta al reato, possono darle il suo carattere legale, che dipendendo tutto da un dubbio di fatto non può andar soggetto alla censura della Corte Suprema. Ma se in sciogliere questo dubbio il giudice di fatto dichiara l'arma di uso pacifico e poi la qualifica *propria*, se ritiene che il coltello era coltello da tavola e poi aggrava la pena della ferita con esso recata, allora vi è contraddizione tra gli elementi di fatto e la definizione della qualità aggravante, e quindi nullità.

Intorno la pena nascente dalla circostanza aggravante dell'arma non avvi da notare che il seguente real rescritto dei 31 dicembre 1819, il quale fissa la penalità pel caso che la ferita o percossa grave sia commessa con arma non solo *propria* ma viatata; esso è così concepito: « L'art. 359 delle leggi penali senziona il secondo al terzo grado di prigionia per la percossa grave o ferita grave per gli accidenti commessa

(1) L. 41 de verb. sign.

(2) L. 9, D. XLVIII, 6, de vi pub.

(3) Vcd. nota alla pag. 83 vol. 2, e pag. 255 vol. 3.

(4) Const. *intentionis mostrae*, 2, 10.

(5) Quist. 108, n. 88.

(6) Decis. Cort. Sup. 27 gen. 1833, causa Silvestri e della Ruvera.

con arma propria — L'articolo 361 delle medesime leggi sanziona il primo al secondo grado di prigionia per la percossa o ferita lieve commessa con arma propria. — Questi due articoli riguardano il caso di offesa con arme proprie la cui asportazione era permessa all'offensore. Quando poi non vi era tal permissione, e per conseguenza si aggiunge all'offesa il delitto di asportazione di arma vietata, lo stesso articolo 361 stabilisce che la pena sanzionata a questo ultimo reato si applicasse nel *maximum* del grado — S. M. ravvicinando le disposizioni degli indicati articoli, ha dichiarato nel consiglio dei 7 andante che l'esasperazione della pena, ordinata nell'articolo 361 contro l'autore di percossa o ferita lieve pel concorso della circostanza dell'arma vietata, sia applicabile contro il colpevole di percossa o ferita grave accompagnata dalla stessa circostanza nel senso dell'articolo 359. »

La terza categoria della classificazione legale delle armi comprende le così dette armi vietate. Questo divieto riflette per le nostre leggi l'asportazione, la detenzione in casa, la fabbricazione e la vendita di quella specie di armi il cui libero uso fu, per cautele preventive, interdetto ai cittadini. Ma quali sono queste armi vietate? ecco la principale domanda che si eleva in questa materia e per la cui risposta s'interroga invano la vigente legislazione. « Sono armi vietate, dice l'art. 148, quelle che vengono designate per tali dalla legge o dai regolamenti di pubblica amministrazione. Ma legge speciale sulle armi non si è finora pubblicata; regolamento completo che mettesse, intorno a tal soggetto, una barriera tra gli antichi e il nuovo Codice fu invano promesso dall'art. 192 leg. pen. conviene dunque, giusta una Sovrana dichiarazione (a) innestare in questa disamina i nuovi decreti alle antiche prammatiche e dispacci, ed attingere le qualità *licite* o *illicite* di un'arma dal confronto delle legislazioni di più secoli. In conseguenza, il miglior commento che si possa fare all'ultimo comma dell'art. 148 leg. pen. si è di ravvicinarlo alle disposizioni legislative, onde fu preceduta, e per incominciare dalle più antiche non sarà fuori proposito tenere innanzi gli occhi il seguente:

Elenco di armi vietate secondo le antiche prammatiche (1).

Pugnali, Daghe, Pistolesi e Smagliamenti (Pram. del 1560, rip. sotto il N. 4 del tit. de armis). — Stiletti (Pram. X del 1604) — Archibusetti e schioppi piccoli a fucile, della lunghezza minore di palmi tre compreso il teniere, (Pram. XI del 1607). — Coltelli appuntuti, puntaruoli, mezze spade, coltelli, spade più lunghe di quattro palmi e ferri a due tagli nella cima (Pram. XIV del 1610) — Pistoni o carabine (Pram. XXIII del 1654) — Bacchette (Pram. XXV del 1657). — Coltelli a fronda di oliva, coltelli detti di Sandomenico, coltelli alla catalana, scoriaciapre, scannatori, stocchi, pugnali, suglioni, puntaroli, stiletti (Pram. LI. del 1723). — Bajonette (dispaccio del 1738). — Coltelli alla genovese o fiammengovi (Dispaccio XXXII del 1767). — Trinciante. (Disp. XXXVII del 1773).

Per ridurre ad unità tante svariate disposizioni, e rinvigorire il loro impero, cui la vetustà e il rigorismo delle pene andava sempre più sfacciando, fu nel 1° gennaio 1804 pubblicata una Prammatica, che dal nome di chi intese a proporla e farla eseguire d'cesi volgarmente: *Prammatica del Duca d'Ascoli*. Fu con essa inibito di portarsi liberamente: qualunque ferro puntuto, tranne i coltelli a piegatojo ma senza molla; qualunque ferro da taglio anche senza punta, come accette, manaje, storte, ronche (art. 3). Qualunque mazza nodosa e sproporzionatamente più grossa del diametro di una canna d'india (art. 5). Si eccettuarono però da tale disposizione gli istrumenti rurali o di qualunque arte, purchè si portassero per l'esercizio medesimo, palealmente, o dentro pelle o a stucco, o legati con lacci; si eccettuarono parimente le spade della foggia prescritta nelle *prammatiche*, allorchè si portassero per ornamento (art. 7 ed 8). Furono poi con l'art. 9 dichiarati espressamente *vietati* i *verducchi*, cioè, qualunque ferro puntuto che si portasse dentro qualunque mazza, gli *stiletti*, i coltelli a *fronda d'ulivo*, i coltelli a *scoriaciapre*, gli *scan-*

(1) Estratto dall'elaboratissima opera del dotto Proc. Gen. sig. Santo Roberti che ha per titolo: *Corso completo di Diritto Penale del Regno delle Due Sicilie*, t. IV, p. 290.

(a) Istruzioni per la Gendarmeria Reale del 26 dicembre 1826.

nafoi, le *bajonette*, i ferri detti *triangoli*, e le armi tutte da *fuoco* di qualunque specie, sieno schioppi fuori la misura prescritta nelle regie antiche prammatiche, sieno *pistoni* o *pistole*.

A schivare ogni errore, che si potrebbe incorrere in pigliar norma da questa prammatica per la qualificazione delle armi, debbesi tener presente quanto dice a tal proposito il Nicolini. « È singolare il ragionamento di alcuni, che essendosi nelle leggi nuove parlato di *armi proibite*, rimettendosi la loro qualificazione ad un regolamento che si attende, tutte le armi della prima categoria, dall'art. 1 all' 8 di questa prammatica, debbano dirsi proibite, così lo sarebbero ancora i *tronchi di albero*, le *mazze* e le *ronche* e le *forbici* e le *pietre*, cosa che in compagnia delle nuove leggi non cape in umano intelletto. Le armi propriamente dette *proibite* sono quelle del a sola seconda categoria: ed io perciò incontrorei grave difficoltà di annoverarci gli *schioppi ordinari* se non avessimo per essi una particolare istruzione relativa alla gendarmeria, ma dirli *armi vietate* secondo le antiche leggi, e secondo la prammatica del 1804, mostra ignoranza assoluta delle leggi antiche e delle nuove. Il divieto della prima categoria fu un divieto di circostanza, come attualmente l'abbiamo contro i lanciatori di pietre nella capitale. Ma ciò nulla toglie al carattere originario di queste (1). »

Varie altre disposizioni furono emesse in rapporto alle armi coi decreti del 22 settembre 1824, 31 marzo 1821 ed 11 settembre 1821 pei dominj oltre il Faro. Ma il regolamento sanzionato col decreto del 22 settembre 1820 fu annullato dal decreto del 6 aprile 1821; le altre disposizioni furono provvedimenti transitori dettati dalle esigenze dei tempi, e che non ebbero in mira di statuire una categoria di *armi vietate*, ma di togliere dalle mani dei cittadini certi tali istrumenti nei quali la mal ferma quiete pubblica faceva temere dei mezzi di reato. Non può però dirsi lo stesso di ciò che leggesi in una nota apposta all' articolo 55 delle istruzioni per la gendarmeria Reale dei 26 dicembre 1827, ove sta scritto: « Finchè non sia pubblicato un regolamento di polizia che fissi le specie diverse di *armi vietate* verranno sull'oggetto osservate le leggi antiche. Tra le ar-

mi, di cui in forza di queste leggi è vietata l'asportazione, si contano le armi da *fuoco* di qualunque specie, ogni ferro *puntuto* che portasi dentro qualunque *mazza*, gli *stilette*, i *coltelli a fronda di ulivo*, i coltelli a *scorciatoiecapre*, gli *scannatori*, le *bajonette*, i ferri denominati *triangoli*, i *fuselli*, le *sciabole*, i coltelli *puntuti ad un taglio*, i coltelli a *piegatojo* con molla. Le indicate leggi non comprendono nella classe di *armi vietate* gli istrumenti rurali e quelli di qualunque arte, quando si portino per l'esercizio della medesima purchè non portarsi per transitio, si portino palesi, o dentro pelle o astuccio, o legati con laccio. Non si comprendono in tale classe neppure le spade che si portano per ornamento. »

Si è fatta talvolta quistione: se il coltello da tavola dir si possa *arma vietata*. La corte giudicatrice tenne per la negativa, quindi una ministeriale del 18 dicembre 1830 che dichiarò l'opposto in questi termini:

« Ho avuto occasione di osservare che nel giudizio di un individuo sorpreso dalla forza pubblica nella flagranza di asportazione di un coltello da tavola aguzzo e con manico fermo, è stata profferita decisione di libertà sul assunto di non essere tale coltello nella classe delle armi vietate. Finchè non sia pubblicato un regolamento di polizia, che fissi le specie diverse di armi la cui asportazione è proibita, rimangono sull'oggetto in osservanza le leggi preesistenti. Or, in forza della prammatica del 1 gennajo 1804 i coltelli da tavola aguzzi con manico fermo entrano nel divieto di asportazione come mezzi opportuni alla esecuzione dei misfatti. »

A malgrado di questa dichiarazione Ministeriale la Corte Suprema si pronunziava in altro senso con le seguenti considerazioni: « Considerando in fatto di essersi ritenuto dalla Corte che Antonio Pensabene fu arrestato sulla cancelleria del giudiciale Regio di villa S. Giovanni tre ore prima di mezzo giorno, mentre asportava un coltello da tavola per consegnarlo al ferraro Raffaele Battaglia, onde costruirne altri sei simili, e lo asportava non solo in modo palese, non ben coperto da un fazzoletto bianco, ma ne avea data conoscenza a quel cancelliere D. Paolo Gatti prima di essere arrestato, e per non essere arrestato lo avea pregato di farne anche partecipe il giudice, siccome il cancelliere Gatti si esprime in dibattimento:

(1) Quist, di dirit. vol. a, p. 68.

e che la Corte lo dichiarò colpevole e lo condannò per lo sola materiale asportazione del coltello da tavola, reputandolo un'arma vietata. — Considerando in diritto che il coltello da tavola non è dichiarato arma vietata nè dall'articolo 184 delle nuove leggi penali, nè dall'articolo 101 del passato Codice Penale, nè dall'articolo 2 del Real Decreto dei 31 marzo 1821, nè dall'articolo 7 del Decreto dei 26 gennaio 1810, nè dalla praumatica del 1° gennaio 1804, nè dallo stesso articolo 55 della Reale Ordinanza dei 30 agosto 1827 sulla gendarmeria, la quale per altro non è da applicarsi quando si tratti di definizione legale di reato e di competenza, siccome fu espressamente dichiarato e prescritto sovranamente coll'articolo 2 del Decreto de' 26 dicembre, approvativo di detta Reale Ordinanza — Considerando che la Gran Corte ha caratterizzato e punito come reato un fatto non riconosciuto per tale dalle leggi vigenti presso di noi — annulla (1).

Il carattere del reato di asportazione, di detenzione di un'arma vietata non ha tinta alcuna di reità morale, ma è tutto di una mera infrazione materiale, di un divieto legislativo. Questo fatto, che senza la proibizione della legge sarebbe un fatto lecito, è colpito da una pena non perchè si tenga come atto preparatorio di altri reati, come indice di volontà delittuosa, ma per la semplice disobbedienza ai precetti legislativi. Da ciò ne conseguì esser vana in simili giudizi ogni questione psicologica, ogni indagine che miri a scovire la intenzione onde era animato il colpevole nell'asportare, nel detenere in casa l'arma vietata. Qualunque fosse questa intenzione non può mai distruggere il fatto della contravvenzione al divieto legale, quindi non può avere influenza alcuna sulle sue conseguenze penali. Questo principio generale patisce una eccezione in un caso, riguardando sotto altro aspetto dalla legge stessa, nell'asportazione di *rumoi*. Il decreto de' 27 settem. 1844, onde fu apposta a reato l'asportazione di tali istrumenti, richiede espressamente, come condizione della penalità, che il *rumore* si asporti con animo di *delinquere*. In simile ipotesi dunque le corti giudicatrici sono in debito non solo di provare l'asporta-

zione materiale ma di rifermare nelle decisioni gli elementi di fatto che dimostrano nel asportatore la intenzione di volgere quell'arma ad istrumento di delitto, che lo convinca reo di quello scopo criminoso, saviamente richiesto dall'enunciato decreto per scervare dalla criminosità la pacifica asportazione di un istrumento che è di uso tanto comune alle bisogne della vita.

Se tutta la reità di questa imputazione risiede in generale nel fatto stesso della contravvenzione al divieto della legge, nel fatto della disobbedienza, non debbesi però credere che la materialità dell'asportazione, della detenzione dell'arma, sia sufficiente per la comminazione della pena. Ciò che dicesi della reità costituita dal solo fatto della contravvenzione dee prendersi nel senso che la legge guarda e punisce la disobbedienza ai suoi divieti, appalesata per l'asportazione dell'arma vietata, come reato *sui generis*, come atto delittuoso per se stesso, senza indagare il motivo che abbia spinto a questo atto il colpevole, senza scrutare lo scopo cui questo atto può connettersi. Ma da ciò non ne siegue che questo reato speciale sia sottratto ai principj generali della imputabilità morale, che non ammetta la eccezione di mancanza d'intelligenza o di volontà. In conseguente, se lo imputato provi che alla materialità del fatto non vi sia concorso il principio razionale onde ha vita ogni reato; che il fatto della disobbedienza è scompagnato dalla intenzione di disobbedire alla legge; che l'arma non si asportava, non si deteneva coll'animo di asportarla, di detenerla per sé, non può aver luogo application di pena. Così, a noi pare non potervi essere procedimento penale contro quell'asportatore il quale provi che l'arma sorpresa in sua mano da lui si asportava per recarla ove gli aveva indicato il padrone o l'amico, munito della debita licenza, contro quel detentore il quale dimostri che l'arma trovata in sua casa stava per deposito fattone dall'ospite partito per tornare e riprenderla. In questi casi vi sarebbe la materialità ma non la moralità della contravvenzione, vi sarebbe il fatto ma non il reato dell'asportazione, della detenzione d'arma.

La legge non ha determinato per quanto tempo debba l'arma asportarsi o detenersi per poter essere apposta a reato, non ha richiesta nel colpevole *abitudine* a tale contravvenzione, non ha distinto se l'arma si asporti con

(1) Decis. 26 novembre 1834 — Antonio Penabaz.

animo riflessivo e pacato o in un momento d'ira e di cieco sdegno; non puossi dunque subordinare l'applicazione della pena a tali distinzioni. Questo principio trovasi applicato ai casi di rissa dal Real Rescritto del 22 ottobre 1834 così conceputo: « È talora avvenuto che in seguito di rissa uno dei rissanti è accorso a provvedersi di arma vietata, e mentre con essa ricercava l'inimico è stato sorpreso ed arrestato dalla forza pubblica. In giudizio si è quistionato se in questo caso il portatore di arma sia compreso nel rigore dell'enunciato articolo, e sulla quistione vi è stato contrasto di voti riprodotto in diversi giudizi..... Affinchè cessi il contrasto di opinioni nell'applicazione dell'articolo 151 Leg. Pen. S. M. ha nel Consiglio Ordinario di Stato dei 13 andante dichiarato esser questo articolo applicabile nel soggetto caso che è eminentemente compreso nello spirito della legge. »

Quanto alle persone che per la loro qualità non sono comprese nel divieto dell'asportazione e della detenzione delle armi proibite, giova trascrivere alcune sovrane disposizioni che riguardano le *Guardie Urbane*; esse sono contenute nel decreto dei 27 agosto 1827, onde vanno fissate le norme per dirsi che le *guardie urbane* asportano legalmente le armi vietate, e nel Rescritto dei 13 gennaio 1829 che dichiara, per questi individui della pubblica forza, altri casi di legale servizio non compresi nel precedente decreto.

Real Decreto dei 27 nov. 1827.

Art. 12. Formeranno oggetto di servizio delle guardie urbane i seguenti dissingegni: esse — 1.° assisteranno giornalmente i giudici Regi nei capoluoghi di circondario ed i sindaci o chi li rimpiazza negli altri comuni — 2.° Eseguiranno gli ordini di arresto rilasciabili in iscritto dalle additate autorità ed eseguibili nel tenimento territoriale di ciascun comune — 3.° Adempiranno in caso di bisogno alle disposizioni che le autorità stesse potranno loro ingiungere — 4.° Arresteranno e tradurranno subito alle autorità locali coloro che si trovassero nella flagranza di reati — 5.° Custodiranno i detenuti — 6.° Coadjuveranno le operazioni della gendarmeria Reale, laddove questa per dissingegni ne avesse uopo, limitatamente nei tenimenti dei rispettivi comuni.

Art. 16. Le guardie urbane di servizio porteranno il fucile con la bajonetta corrispondente, e dovranno portare il distintivo della coccarda rossa al cappello. Rimarrà in loro arbitrio di vestir giacca bleu con colletto rosso e di cingere il cangiario.

Articolo 17. — È accordato alle guardie urbane il permesso di detenere e di asportare le armi espresse nell'articolo precedente; salve le seguenti limitazioni e senza che tal permesso comprenda la licenza di caccia per la quale dovranno uniformarsi ai regolamenti in vigore.

Art. 18. — Il permesso delle armi, in quanto alla detenzione, varrà per due fucili con le bajonette corrispondenti e per lo cangiario. In quanto poi all'asportazione, non potranno fuori servizio asportare le armi:

1.° Dalle ore 24 fino allo spuntar del sole; 2.° Nelle fiere; 3.° Nei luoghi di pubblici spettacoli; 4.° Negli uditorj di giustizia; 5.° Nei luoghi di feste civili, nelle bettole, cantine o qualsivoglia altro luogo di pubblica riunione; 6.° L'asportazione della bajonetta fuori servizio è vietata in qualunque tempo e luogo. »

Real Rescritto dei 13 gennaio 1829.

« Si permette la scorta delle guardie urbane quando fosse richiesta, 1.° ai cassieri comunali pel versamento del danaro Regio, sia nel capoluogo del distretto sia nel capoluogo della provincia; 2.° agli esattori e ricevitori di qualsivoglia contribuzione pubblica per simile versamento nelle sudette casse; 3.° ai particolari che viaggiano; 4.° che tali scorte non possono uscire dall'ambito delle rispettive provincie; 5.° che la richiesta della scorta debba farsi direttamente al capo della guardia urbana, il quale possa accordarla quando, sotto la sua responsabilità personale, siasi assicurato della qualità del soggetto richiedente, e di trovarsi il medesimo già munito delle corrispondenti carte giustificative; 6.° che i capi urbani non possono forzosamente obbligare gli individui delle guardie urbane rispettive al generale servizio contemplato nei tre numeri dell'articolo 1; 7.° che il capo della guardia urbana nell'accordare la scorta debba munirla di un foglio di viaggio nel quale sieno indicati i nomi delle guardie urbane e di colui

che è da esse accompagnato; l'oggetto e la direzione del viaggio; il numero dei giorni che approssimativamente occorrono per l'andata, permanenza e ritorno; inoltrare in pari tempo al giudice Regio avviso circostanziato di tutte le espresse indicazioni. »

La pena contro il reato di asportazione di armi vietate andò soggetta a diversi cangiamenti; al presente trovasi ridotta a quella prescritta dall' art. 151 leg. pen. il quale commina il secondo al terzo grado di prigionia e l'ammenda correzionale, o il terzo grado di confino ed il *maximum* dell'ammenda correzionale. Comunque però questa pena sia indice di *delitto* e quindi di competenza correzionale, pure il giudizio di simile reato è delle G. Corti Criminali in forza del decreto dei 21 settembre 1827 finora prorogato da anno in anno.

La detenzione delle armi vietate era punita dal Codice Penale con pene di polizia e

con la confisca delle armi. Alla pena corporale di polizia il decreto dei 4 febb. 1828, tuttora in vigore, ha sostituito la prigionia dal 1° al 2° grado, ed ha estesa anche per questo reato la disposizione dell' art. 132 leg. proc. pen. onde sono esclusi dal beneficio della libertà provvisoria gl'imputati di asportazione d'armi e di furto.

Da ultimo, non è fuori proposito notare che di presente non più richiedesi nei giudizj per asportazione d'armi la prova così detta statutaria, cioè la sorpresa in flagranza dell'asportazione. Il disposto di tale Statuto, che mirava a temperare l'atrocità delle antiche pene con la difficoltà delle prove, non ha più impero nelle nuove leggi. L'asportazione d'armi non costituisce più un reato eccezionale; esso si confonde con tutti gli altri delitti e va, come essi, soggetto a tutti i mezzi di prova riconosciuti dalle leggi di procedura penale. (*Edit. Nap.*)



APPENDICE

AL

C A P I T O L O X.

DELLE SCUSE.

Obbietto di questa appendice — Intelligenza delle parole: PERCOSSE E FERITE GRAVI adoperate nel n° 1 art. 377 — Ipotesi degli ALTRI MISFATTI CONTRO LE PERSONE menzionati in questo numero di articolo — Scusa preveduta dal n° 2 art. 377 — Quali vie di fatto vanno sotto le parole: PERCOSSE E FERITE LIEVI — Nelle parole: ALTRI DELITTI CONTRO LE PERSONE possono comprendersi le ingiurie, le minacce, gli atti preveduti dall'art. 345 — Distinzione delle ingiurie — Cosa intendersi per ingiuria DETERMINATA — Cosa per ingiuria FAGA — Il chiamare un individuo ladro, cornuto, falsario quale specie d'ingiuria costituisce? — Ingiurie reali quali sieno — Afferrar per petto un militare — Tenere afferrato da dietro un individuo — Buttare appositamente su di alcuno acque o immondezze — Minacce, esame dell'art. 162 in rapporto alle scuse — Esame sotto lo stesso rapporto dell'art. 345 — Quando l'adulterio costituisca scusa per delitto? — Gli atti turpi o sregolamenti d'incontinenza di una nubile, di una vedova qual reato costituiscono in rapporto alle scuse pel fratello della prima, pel figlio della seconda? Le parole: misfatti o delitti contro le persone comprendono la sola persona propria o anche le persone degli estranei? — I fatti provocatori menzionati nei due primi numeri dell'art. 377 debbonsi valutare per le scuse secondo la loro intrinseca reità, o secondo l'aggravamento che attingono dalle qualità personali? Applicazione di tale controversia ai pubblici funzionarj — Militari in sentinella — Gendarmi in servizio — Custodi delle carceri — Distinzione se la qualità aggravante trovasi nella persona del provocatore o del provocato — Scusa per rissa — Definizione della rissa — Condizioni perchè si accordi questa scusa — Provato il fatto della rissa debbesi forse anche provare dall'imputato che egli non sia stato autore della stessa? — Quid, se non costì chi sia stato autore della rissa? — Il fatto che dà principio alla rissa debbe essere, come nei numeri 1° e 2°, reato contro le persone o basta se sia reato contro la proprietà? — Se nel corso di una rissa, oltre il reato che le ha dato principio e quello che le ha dato fine, vi sieno altri misfatti o delitti intermedj come calcolare la scusa? — Quid se questi misfatti o delitti vengono da colui che fu provocato con la causale della rissa e poi rimane ucciso dal provocatore della stessa — Del concorso di molte persone in una rissa — Scusa dell'infanticidio per cagion di onore —

Sue condizioni — Eccezioni alle scuse; parricidio, conjugicidio — Viget forse l'eccezione quando il parricidio ed il conjugicidio entra nel caso della morte preveduta dall'art. 362 — Quando il padre è ucciso dal figlio per sorpresa in adulterio con la di costui moglie, o viceversa — Quistioni di procedura in rapporto alle scuse — Ritenere nella decisione un fatto che possa essere qualificato misfatto o delitto e non valutarlo per la scusa è nullità quando anche non sia l'eccezione opposta dall'imputato — Ritenuto il fatto di rissa è nullità il non discutere se vi sia luogo a scusa — Sistema penale per i fatti scuabili — Influenza della diminuzione di pena sulla natura del reato in rapporto alla competenza. — Recidiva — Mancanza o rinunzia d'istanza privata — Prescrizione — Real Rescritto dei 27 luglio 1839 — Può tale Rescritto applicarsi al caso che il fatto costituente un delitto abbia, per la scusa, avuto una pena di polizia? — Commento degli articoli 377 a 389 Leg. Pen.

Gli elementi costitutivi le scuse in generale furono maestrevolmente sviluppati dai nostri autori nel capitolo X, ed ivi svolte con molta dottrina di teorica e di pratica le disposizioni riguardanti le scuse per violenze gravi, quelle per aggressione diurna di una casa abitata, quelle per sorpresa in flagranza di adulterio, nonchè le eccezioni pel conjugicidio e pel parricidio. Ma qualche differenza di compilazione che intercede tra il nostro ed il Codice Francese in queste stesse materie; l'ammissione di nuove scuse, come quelle per delitto, per rissa, per causa di onore nell'infanticidio, introdotte nelle nostre leggi, c'impone il debito di aggiungere alle dottrine sciorinate dagli autori francesi lievi sviluppiamenti di quelle disposizioni che le nostre hanno aggiunte alle loro leggi.

Il primo motivo di scusa proclamato dal Codice Francese sta nelle *percosse e violenze gravi*. A queste espressioni furono dal legislatore delle Due Sicilie col n. 1 dell'articolo 377 sostituite l'altre: *percosse o ferite gravi o altri misfatti contro le persone*. Da ciò la controversia: se per aversi la scusa di questo numero sia sufficiente che le percosse o ferite abbiano la qualifica di gravità definita dagli articoli 356 e 359, oppure sia necessario che possano essere punite con pena criminale, che costituiscano un misfatto.

Dicesi, da chi tiene per quest'ultima sentenza, che la parola *altri* susseguita dalla pa-

rola *misfatti*, essendo espressione di rapporti tra due idee omogenee, dimostra chiaramente che il fatto di scusa costituito dalle percosse o ferite gravi, onde la voce *altri* è preceduta, debba essere della stessa natura del fatto provocatore, a quella voce susseguente, cioè debba costituire *misfatto*. Se la parola *altri* indicasse questa sola idea di rapporto tra i due fatti di scusa che l'affiancano, forse questa interpretazione ben si apporrebbe al vero. Ma questo termine *altri* può qui accennare tanto al carattere delittuoso del fatto provocatore quanto all'oggetto su cui cade l'offesa di questo fatto; può significare o che la ferita e percossa grave debba costituir misfatto, o che quegli *altri* misfatti, per andar compresi in questo articolo debbono, come le percosse e ferite gravi, essere reati contro le persone. In tale ambiguità è certamente dei sani Principi di diritto seguire quel senso onde vanno schivati gli assurdi che nascerebbero dalla interpretazione dianzi proposta. Ed assurdo legale sarebbe senza dubbio quello di fare una distinzione, qui non fatta dalla legge, tra ferita o percossa grave di sua natura e grave per accidenti; di ammettere per questa scusa una sola specie di ferite *gravi* mentre il legislatore, adoperando il termine del genere definito nell'art. 356, ha mostrato di voler comprendere tutte le sue specie. Assurdo legale sarebbe il lasciare la provocazione di ferite o percosse *gravi per accidenti* improduttive di qualunque scusa, mentre una

scusa si accorda alle percosse e ferite *lievi*. Nè in quella interpretazione potrebbe schivare tale conseguenza; perciocchè, escluse le percosse o ferite gravi per *accidenti* dal n° 1 dell'art. 377, non potrebbero al certo esser comprese nel n° 2 il quale parla tassativamente di percosse o ferite *lievi*; non potrebbero nè anco esser comprese nelle parole di questo comma: o *altri delitti contro le persone*, perciocchè esse accennano ad altri reati contro le persone che non sieno percosse o ferite. Pare dunque che la retta intelligenza del n° 1 art. 377 stia in ammettere per quella scusa tutte le percosse o ferite *gravi* sieno gravi di *lor natura* sieno tali per *accidenti*, sieno punibili criminalmente sieno di carattere correzionale; e che ove trattisi di altri fatti provocatori, che non sieno percosse o ferite, questi, per entrare nella categoria della disposizione in esame, debbono accoppiare la doppia qualità di esser reati contro le persone e di costituir *misfatti*. Tale è la giurisprudenza della Corte Suprema la quale ha costantemente dichiarato che quando la legge adopera la espressione generale: *percosso o ferito grave* intende tanto la criminale quanto la correzionale, tanto quella che è grave di sua natura quanto quella che è grave per gli *accidenti*, senza distinzione (1).

Il n° 1 dell'art. 377 leg. pen. ai fatti di scusa costituiti dalle percosse o ferite gravi aggiunge quelli di provocazione per *altri misfatti contro le persone*. Tali sarebbero i fatti di arresto, detenzione o sequestro preveduti dall'art. 169; tali lo stupro ed il ratto contemplati negli art. 333, 336 e 337. Ed invece, l'arresto ed il sequestro, comunque sieno dal Codice classificati fra i reati contro l'*amministrazione pubblica*, pure non cessano d'esser reati contro le persone, come non cessano di esser tali lo stupro ed il ratto comunque si qualificano *reati che attaccano la pace e l'onore della famiglia*. I titoli onde vanno dalle leggi sceverate le categorie dei fatti delittuosi non sempre sono indici certi del loro carattere, nè possono tramutare la loro intrinseca natura; epperò gl'Imperatori Severo ed Antonino dicevano: *Onus potius obligationis quam titulus actionis considerandus est* (2). Usare arbitrariamente dei diritti che

sono della sola autorità legale, per violentar la libertà dei cittadini, costituisce senza dubbio un attentato alla pubblica amministrazione perchè si usurpano i suoi poteri, ma questo attentato non è che il riverbero dell'offesa fatta alla libertà civile del cittadino, arbitrariamente detenuto o sequestrato. S'intorbida la pace, si adonta l'onore delle famiglie cogli stupri e coi ratti di cui sia vittima uno dei suoi membri, ma questo male che rifluisce sulla famiglia ha fonte nel male patito dall'individuo di essa. L'offesa della pubblica amministrazione e della famiglia in tali casi non è che una qualità, la sua sostanza trovasi nell'offesa inferita alla libertà e all'onore; e la libertà e l'onore sono gli elementi integrali della vita morale delle persone, sono i primi fra i diritti *personali* dei cittadini: *Omne jus quo utimur*, diceva il diritto Romano, *vel ad PERSONAS pertinet, vel ad res, vel ad actiones; et SUMMA divisio de jure PERSONARUM haec est: quod homines aut LIBERI sunt ec.* (3). Ed il Seneca: *proxima ab his sunt, sine quibus possumus quidem vivere, sed ut mors potior sit, tamquam LIBERTAS et PUDICITIA et mens bona* (4). Così vediamo che il Bentham, nella sua analitica divisione dei reati, classava tra le offese contro le *persone*, le ingiurie corporali, le ingiurie mentali portanti direttamente sopra l'anima senza toccare il corpo, come il *costringimento*, l'*esilio*, la *relegazione*, l'*imprigionamento*, e le ingiurie contro l'*onore* e la *reputazione* (5). Se dunque tali reati offendono le persone vanno senza dubbio compresi nell'articolo in esame quando riuniscono i requisiti necessari per costituir dei *misfatti*.

La legge francese non dà effetti legali per le scuse se non alle provocazioni avvenute per ferite o violenze *gravi*, o *violento* oltraggio al pudore; questa limitazione è evidentemente contraria al principio onde va dettato il favore delle scuse. La diminuzione di pena dalla legge statuita per chi risponde con un delitto ad un delitto offensivo della sua persona non è che la sanzione dell'antico principio: *non exitus rerum sed hominum CONSILIA legibus vindicantur* (6). Il moto dell'ira che ribolle per in-

(3) Inst. lib. 1 tit. II § 9 e tit. III § 1.

(4) De beneficiis, lib. 6 cap. 2.

(5) Traité de législation, tom. 1, pag. 295

a 295.

(6) Cicero, in orat. pro Milone.

(1) Dec. Cort. Sup. a luglio 1832, causa Lazaro Gello; 26 febb. 1836, causa Vitale Migliaccio; 27 luglio 1838, causa Filippo di Mangano.

(2) L. 3, C. ad Senatuse, Macedon.

giusta provocazione non è al certo pari alla spinta che ha la mano da un animo di pacata freddezza; in questa, la mente vuole e vede ciò che il braccio esegue, in quello, la volontà è avventata, l'intelletto offuscato dall'ebbrezza dello sdegno, e perciò il reato che n'esce *habet minus voluntarij*, come diceva il Grozio (1). Se dunque la ragion morale delle scuse stà nella mancanza del dolo pieno in chi ferisce o percuote con animo ottenebrato da giusta ira, accordar la scusa sol quando l'eccitamento di quest'ira venga da percosse o violenze *gravi*, sol quando la provocazione per poco si discosti dalla legittima difesa, importa dimezzar nella pratica il principio che si stabilisce nella teorica. Chi risponde con violenza ad una *violenta* offesa alla persona è senza fallo in minor dolo di chi offende provocato da offese *lievi*, e questi men colpevole di chi delinque nel concitamento di una *rissa*; ma nè l'uno nè l'altro di questi due si spinge al delitto con quella volontà tranquilla e intelligente onde è mossa la mano di chi non è nel perturbamento dell'attualità di una provocazione. In conseguenza, quella gradazione che si ravvisa nella reità morale di questi quattro delinquenti debbesi da una buona legislazione serbare anche nelle loro pene. Epperò il legislatore delle Due Sicilie nei n° 2 e 4° dell'articolo 377 novitava fra i motivi scusanti: *la percossa o ferite lievi, o altri delitti contro le persone*, nonchè il calore della *rissa*.

Percosse o ferite lievi sono quelle che si definiscono di nessun pericolo nè per loro natura nè per accidenti, ai termini degli art. 356 e 361. Ma cosa è una *percossa* nel senso dei citati articoli e della disposizione in esame? qual differenza intercede tra tali percosse e le *vie di fatto contro le persone* novate dall'art. 462 fra le contravvenzioni di polizia? Questa indagine è di qualche interesse per le scuse, poichè dichiarato *percossa* il fatto provocatore nasce o la scusa del n° 1 o quella del n° 2; per contrario, se l'azione provocatrice si qualifica per semplice *via di fatto* allora, per dar luogo a scusa, o deve contenere gli elementi di una ingiuria correzionale, o deve esser susseguita da vicendevole ribollimento di sdegni, dalle ire costitutive una rissa; mentre la semplice *via di fatto* che non contenga una ingiuria grave non può esser di scusa al-

cuna a chi, per prima risposta e senza altra contenzion di parole, ferisce o uccide. A noi pare che queste due specie di offese personali si distinguano fra loro dal modo come sono inferite. La percossa è costituita dall'urto che fa un corpo sopra il corpo umano con forza di gravità o di proiezione, tale che quantunque non lasci pure possa lasciare una traccia del moto impressovi; per contrario, nelle semplici *vie di fatto* non vi è l'urto, l'*ictus* dei Romani, e quindi nè anco la possibilità delle tracce di una lesione sul corpo. Così, è *percossa* uno schiaffo, una bastonata, un calcio, un colpo dato con qualunque altro istrummento, che non essendo nè tagliente nè perforante, non possa cagionare una ferita; all'opposto è semplice *via di fatto* l'afferrar per petto alcuno, il ghermirlo pel braccio senza stramazzerlo a terra, il dar nei capelli delle baruffe donnesche. «Qualunque violento avvicinamento del corpo umano con un altro corpo qualunque, dicono i nostr. autori (2), può avere questo carattere (di percossa), imperochè non è necessario che il corpo umano provi qualche lesione, la legge non ha costituita la lesione ad elemento del reato, nè anco è necessario che l'urto abbia lasciato tracce. Epperò, la giurisprudenza ha dichiarato che uno schiaffo non era mica una semplice *via di fatto* ma sibbene una percossa nel senso della legge penale; l'urtare una persona non può costituire che una semplice *via di fatto* quando questo atto non sia accompagnato da percossa o ferita, ma queste differenze svaniscono e i due atti vestono lo stesso carattere quando la *via di fatto* abbia cagionata la caduta della persona urtata, poichè urtare qualcuno in modo da farlo cadere importa, se non dargli una percossa, almeno esser causa che egli ne possa riportar qualcuna, e poco monta, al dir di una decisione, che un corpo duro sia spinto contro una persona o che questa sia spinta contro un corpo duro (3) ».

La legge non ha limitata la qualifica di fatto provocatore, e perciò scusante, alle sole percosse o ferite ma l'ha estesa a tutti gli altri *delitti contro le persone*. Tutti i diritti personali, cui il legislatore stimò dover garantire con penale sanzione da qualunque offesa, elevando questo offesa a delitto, possono,

(1) *De jure belli et pacis*, lib. 2, c. 20, § 29, n° 2.
CHAUVEAU—TOMO III

(2) Ved. sopra, cap. VIII pag. 145.

(3) Pag. 146.

ove sien violati, eccitare una giusta ira ed esser di scusa a chi nell'offuscamento di quest'ira offende il suo offensore. Diritti personali sono: la riputazione, la libertà morale, la libertà civile e l'onore; le ingiurie dunque, le minacce, l'impedimento al libero esercizio de' propri diritti, gli atti offensivi l'onore possono noverarsi nella categoria degli altri delitti cennati dal 2° comma dell'articolo 377. quando non sieno né così gravi da costituir misfatti, né così lievi da presentare una semplice contravvenzione di polizia.

L'ingiuria fu dall'articolo 365 definita in questi termini: È ingiuria ogni offesa pubblicamente o privatamente espressa con parole, con gesti, con iscritti o in altro modo qualunque, purché abbia per oggetto di far perdere o diminuire la stima di colui contro del quale è diretta. Il primo elemento dunque d'ogni ingiuria, in qualunque modo s'inferisca, è l'animo malevolo dell'ingruiante, la sua intenzione di attentare la stima altrui; in conseguente non v'ha ingiuria, né v'ha scusa in chi vi risponde con altro reato, quando il detto, il fatto, il gesto comunque ingiurioso sia figlio d'uno scherzo: *si quis per jocum percutiat aut dum certat, injuriarum non tenetur* (1). Ma quali sono le parole, gli atti, i gesti che tendono a diminuire la stima altrui? « Qualunque imputazione, dice Melchiorre Gioja, che pone in dubbio la nostra moralità è ingiuriosa; qualunque detto o atto che pone in ridicolo la nostra persona, o fa scoppio all'altrui sprezzo la nostra condotta è ingiuriosa (2). » Così, a sensi di questo scrittore si ha l'ingiuria quando si appongono delle imperfezioni morali che riflettono o la violazione dei doveri di natura o quella de' precetti di legge, che costituiscono o de' vizii o de' delitti. Si ha l'ingiuria quando la condotta d'un individuo è tacciata con epiteti disonorevoli pel suo stato naturale, familiare, o civile; ad esempio: *si quis, protenso digito medio, hominem denotat cincedum; si quis, duobus digitis in modum cornuum formatis, designet ad adulteria uxoris committentem* (3); se alcuno taccia di viltà un soldato, d'ignoranza un uomo la cui professione ha per elemento essenziale la dottrina. Si ha l'ingiuria quando si rinfacciano

altrui delle imperfezioni fisiche sieno visibili sieno invisibili; nè ci pare degna di suffragio la opinione di Anton Matteo il quale dice: *ut injuria verbis facta dicatur requirimus ut aliquid probrosum objectum sit adversus bonos mores civitatis: atqui calum, luscum, aut claudum esse, neque natura, neque moribus civitatis probum est, convicium igitur aut maledictum censeri non debet* (4). Tale sentenza, come ci attesta lo stesso autore (5), non era seguita dall'interpetri dello stesso antico diritto, molto meno dunque può essere adottata sotto l'impero delle vigenti leggi, le quali non limitano la qualifica d'ingiuria a ciò che ci si appone di contrario al pubblico buon costume, ma la estendono a tutto ciò che può far diminuire la stima dell'ingiuriato; nè al certo è segno di stima il riso beffardo che si eccita ne' circostanti dallo scherno cui ci espongono simili difetti. « L'imputazione vera, e molto più se falsa, di difetti corporei invisibili ci espone ad un ridicolo tanto più pungente, e quindi tanto meno perdonabile dall'amor proprio, in quanto che mentre resta campo alla malignità di esagerarli, ci è non di rado impossibile di difenderci, e quasi ci sembra di essere d'abitudine menzogna tacciati. Il semplice scherno sopra difetti visibili, benché non accompagnato dal timore di lucro cessante e danno emergente, può riuscire pungentissimo come lo dimostra l'esperienza, perchè al dispiacere risultante dal difetto si unisce la certezza di non potersene liberare e spesso di non averci colpa; quindi un semplice motto sopra questi difetti, a guisa di scintilla applicata a polve nitrica, divien talvolta occasione di estremi disordini, e dimostra l'estrema sensibilità al ridicolo (6). » Finalmente si ha l'ingiuria quando si usano verso una persona degli atti, de' gesti, delle parole che offendono il pudore, che riversano un certo che di spregio ed avvilitamento sopra quello cui sono dirette, imperciocchè, come diceva il Mattei, *impatiensissime ferunt co-*

(4) De crim. eodem tituli.

(5) Ved. luogo citato ove dice: Sed quid si cui obijciatur vitium aliquod naturae, veluti si luscus, si claudus, si gibbosus audiat, injuriarum esse dicemus, etiam cum vitium appareat interspectis quidem communi calculo id affirmant, eo quod durum atque ingratum sit id obijcere quod nostro arbitrio atque diligentia emendare non possumus.

(6) Gioja, opera citata, Parte 1ª, cap. 3, §. 1º.

(1) L. 3. §. 1. Dig. de injuriis et famosis libellis.

(2) Ingiurie, danni e indennozamenti.

(3) Anton Matteo, de crim. lib. lib. XLVII, tit. 4, cap. 1. n. 1º.

stae aures sermonis spurcitiem et aliter fieri non potest quin aui similem te censeat scurra, cum turpibus verbis apud te utitur (1). In tal modo tutte le ingiurie riduconsi a due generi, cioè, d'ingiurie reali o verbali.

Ma la distinzione che tocca il carattere delle ingiurie, che riflette la natura del reato da esse costituito, e che perciò fissa il grado di scusa cui per esse può darsi causa, è quella d'ingiurie *vaghe* e d'ingiurie *determinate*. A ben rilevare la caratteristica di tale differenza giova tener presente l'art. 366 così concepito: « L'ingiuria è punita con l'ammonizione correzionale, col primo al secondo grado di prigionia o confino, secondo la qualità della medesima, secondo le persone, secondo il tempo, il luogo e le conseguenze che ha prodotte. »

• Può il giudice discendere anche alle pene dell'esilio correzionale nei gradi medesimi, o cumular l'esilio alla prigionia, purché il tempo della intera pena non ecceda due anni ».

• Se però l'ingiuria non risulta che da espressioni *vaghe*, da rimproveri *indeterminati*, e da voci o atti semplicemente *indecenti*, la pena sarà di polizia ». Il primo e secondo comma di questo articolo riflettono le ingiurie in generale e le dichiarano generalmente *delitti*; a questa qualificazione generica l'ultimo comma dell'articolo fa una eccezione per alcuni modi d'inferir l'ingiuria e dichiara questi modi semplici contravvenzioni di polizia. Fra questi vanno noverati gli atti e le voci *indecenti*, quegli *atti* che non toccano materialmente la persona altrui, ma destando per segni simbolici o per segni vocali oscene idee di lascivia offendono la civiltà ed il pudore; vanno parimente noverate le espressioni *vaghe* ed i rimproveri *indeterminati*. Dalla enunciazione tassativa dei modi d'ingiuria, indicati in quest'ultimo comma, ne conseguita che l'ingiuria non può costituire semplice contravvenzione di polizia se non quando sia per *parole*, o per *gesti* o *atti indecenti*; le ingiurie *reali*, cioè, quelle che si commettono con fatti che toccano materialmente la persona dell'ingiuriato, costituiscono sempre delitti, perchè non comprese nella eccezione del comma 3° dell'art. in esame, e sono sempre produttive della scusa del 2° art. 377 ove sieno accompagnate dagli altri requisiti. Ne conseguì-

ta ancora che delle stesse ingiurie verbali soltanto le voci e gli atti *indecenti* sono sempre costitutive di semplici contravvenzioni di polizia; le altre non discendono a questa classe se non quando consistono in espressioni *vaghe* in rimproveri *indeterminati*. Ma quando una espressione può dirsi *vaga*, quando un rimprovero può dirsi *indeterminato*? ecco tutta la difficoltà di questa materia.

A noi pare che la sua soluzione può trarsi dagli stessi termini dell'art. 365. A' sensi di questo articolo, l'elemento morale dell'ingiuria, quello in cui stà la ragione della pena per l'ingiuriante e della scusa per l'ingiuriato è la macchia che con l'ingiuria si vuol spargere sulla stima di costui. Or questa macchia è certamente più viva, più sensibile e perciò degua di maggior riparazione penale, quando la parola ingiuriosa risveglia la idea di un vizio, di una immoralità che ha una esistenza sua propria, di quel che sia quando si dà un epiteto negativo d'ogni virtù, quando si adopera un titolo collettivo di molti vizii senza designarne alcuno in particolare. Il titolo di *ladro*, *cornuto*, *falsario*, *truffajuolo*, riesce senza dubbio più pungente che quello di *birbante*, *scellerato*, *infame*; perciò, ebbè queste espressioni non indicano a qual genere di vizio o di delitto si voglia alludere, mentre ognuno sa qual turpe vizio dintorno le parole *ladro*, *falsario*, quale ignominiosa pazienza si esprima dalla voce *cornuto*: non queste dunque ma quelle sono le espressioni *vaghe*, i rimproveri *indeterminati* ai sensi dell'articolo in esame. Nè ben si appone al vero chi crede che per dirsi una ingiuria *determinata* si debbano con le parole ingiuriose indicare non solo la specie del vizio che si appone ma ancora i fatti che dimostrano la pratica del vizio apposto; la legge qualifica per *vago* il rimprovero, la espressione, ha dunque voluto limitare tale caratteristica alla sola idea che risveglia la parola ingiuriosa, alla sola differenza di vizio speciale o di scelleratezza generale che nella voce ingiuriosa si contiene. D'altra banda, se la parola *ladro*, *falsario* si dichiarasse ingiuria *vaga*, quando l'ingiuriante non avesse specificato il tempo e la persona a cui danno siesi fatto il furto o la falsità, non vi sarebbe nella pena indice alcuno di quella differenza che intercede nel valor morale, nella forza offensiva, tra queste parole onde si specifica un dato genere di vizio, e l'espressioni *birbante*, *scellerato*

(1) De crim. lib. 47, tit. IV, n° 4.

che non accennano ad alcun difetto determinato. Tale si è anche la opinione del Gioia, il quale in spiegare la differenza tra la ingiuria *vaga* e la ingiuria *determinata* dice: la prima sta nelle parole moralmente ingiuriose, indicanti disprezzo vago senza specificazione di titolo, per esempio, *birbante, scellerato, malvagio*. La seconda nelle parole moralmente ingiuriose ed indicanti titolo speciale di disprezzo, cioè, vizi determinati, contrari alla probità, ai costumi, all'onestà pubblica, all'onore: per esempio, *truffatore, falsario, ladro*. Siccome la legge non punisce le abitudini ma gli atti particolari che ne dimostrano la esistenza, perciò la imputazione delle prime riesce meno ingiuriosa che quella delle seconde (1). » Epperò, a buon diritto la Corte Suprema annullava, nell'interesse della legge, una decisione la quale avea dichiarata ingiuria *vaga* la parola *ladro* « circa l'annullamento nell'interesse della legge, richiesto dal Pubblico Ministero, considerando che *erroneamente* siesi dalla G. Corte dichiarato che il chiamar *ladro* un individuo sia un'espressione vaga, mentre con tale ingiuria si precisa un vizio determinato dell'uomo; perciò rimauendo a carico dell'imputato un'ingiuria nei veri termini dell'articolo 365, la vera pena da applicarsi erà quella della prima parte dell'articolo 366, perciò annulla (2). »

Non debbesi però tacere che essendosi altre volte dalla G. Corte criminale dichiarate ingiurie *vaghe* le parole *ladro, falsario*, e perciò negata la scusa di *delitto*, la Corte Suprema invece di seguire la sua antica giurisprudenza, si avvisò che tale definizione non potea dar luogo ad annullamento. Così, essendosi da un condannato prodotto ricorso per avergli la G. Corte negata la scusa di *delitto*, nascente dalla ingiuria *cornuto* con cui era stato provocato, la Corte Suprema dichiarò: « che il qualificar l'ingiuria per vaga o determinata è una questione di fatto; che la Corte punitrice dando ai fatti il valore che il complesso delle circostanze presentava al suo morale convincimento, e avvalendosi della disposizione dell'art. 366 non trovò che contravvenzioni punibili con pena di po-

lizia; che perciò il mezzo diretto a sublimare la provocazione a delitto incontra l'ostacolo dell'art. 292 p. p. (3). »

Altra volta la stessa Corte giudicando della stessa questione, presentata da un ricorrente con due mezzi di annullamento dichiarava: « Sul 1° e 3° mezzo osserva che essendo essi diretti ad attaccare una questione di fatto, risoluta col criterio morale, incontra l'ostacolo dell'articolo 292 p. p. che vieta di censurare il criterio morale dei giudici (4). »

Queste due Decisioni della Corte regolatrice mentre da una banda non offrono una censura espressa del principio per noi stabilito e proclamato dalla stessa sua precedente giurisprudenza, mentre non dichiarano qual definizione spetti a quelle parole, se d'ingiuria *vaga* o d'ingiuria *determinata*, d'altra banda stabiliscono una massima che a noi pare non degna di soffragio. È senza dubbio del criterio morale dei giudicanti il vedere se un fatto, un detto costituisca o pur no una ingiuria, cioè, il credere se nell'autore di esso vi era o pur no la intenzione d'ingiuriare; ma quando il fatto o il detto si è dichiarato ingiuria, il decidere se questa sia ingiuria *vaga* o determinata dipende dalla interpretazione del significato che il comma terzo dell'art. 366 ha annesso alla parola *vaga*, dal confrontare questo significato con quello che presenta la parola ritenuta per ingiuriosa. Or, è questione di diritto e non di fatto quella che versa in estimare il valor legale del fatto imputato mettendolo in confronto col significato della ipotesi della legge, in definire quale dei diversi nomi di reato, preveduti dalle diverse ipotesi della legge, spetti al fatto che si dichiara provato. « *Nominis controversia est*, diceva Cicerone, *cum de facto convenit et quaeritur in quod factum est quo nomine appelletur. Quo in genere necesse est ideo nominis esse controversiam, non quod de facto non constat, sed quod id quod factum est aliud alii videatur esse, et ideo alius alio nomine id appellet*; e nel paragrafo precedente: *nominis controversia quia vis vocabuli definienda verbis est* (5). »

Abbiam detto che l'ingiuria può inferirsi non solo con parole ma ancora con gesti, con atti coi quali si tocca o si accenna di toccare il

(1) Ingiurie, danni e indennizzamenti, part. 1.

(2) Decis. Corte Sup. 13 agosto 1823, causa Francesco Barbarosa; 29 marzo 1824, causa Matteo Mariantonio; 14 feb. 1827, causa Francesco Ferrarese.

(3) Decis. Corte Sup. 29 maggio 1833, causa Raffaele Schiechitano.

(4) Decis. 9 gen. 1846, causa Francesco Lamula.

(5) Cero de inventionis, l, § 8 e 9.

corpo dell'ingiuriato: *Injuriam fieri, Labeo ait ne quoties manus inferuntur (1), et si quis pulsatus quidem non est, verum manus adversus eum levatae et saepe perterritus est, quasi vulpaturus, non tamen percussus, utili injuriarum actione tenetur (2)*. Non il dolore del corpo ma il rancore dell'animo, eccitato dalla oltraggiantè superchieria, è quello che costituisce la scusa dell'ingiuria; così la Corte Sup. annullò la Decisione che avea negata la scusa di delitto ad un militare il quale avea ucciso un servo di pena che cennava di volerlo afferrare per petto (3). Così ancora la stessa Corte in altra causa dichiarava: « attesochè l'azione di Francesco Capobianco, nell'afferrare dalla parte di dietro il ricorrente per le braccia, costituisce un delitto contro le persone, punibile ai termini dell'art. 366 Cod. Pen., ed in conseguenza era applicabile a favore del ricorrente la scusa del n° 2 dell'art. 377 che è rimasto violato (4). » Così dovrebbe dirsi ancora di chi gettasse appensatamente su di alcuno *ocque* o *immondezze*, perciocchè quantunque questo atto sia previsto fra le contravvenzioni di polizia pure diverso è nelle due ipotesi l'elemento morale, quindi diversa la reità. Nella contravvenzione si punisce non la volontà ma l'imprudenza, la omissione di guardare ed avvisare a chi passa per sotto quando vuolsi buttare l'acqua o l'immondezza; per contrario, nella ipotesi proposta vi è non la negligenza delle precauzioni necessarie per schivare quel effetto ma la volontà di avere l'effetto segnito, la intenzione di recar offesa con questo genere di avvillimento, vi è dunque una vera ingiuria costitutiva di delitto contro le persone.

Del rimanente, i casi per noi cennati non sono che esempj enunciativi degli innumerevoli fatti che possono nella pratica presentarsi sotto le sembianze delle così dette ingiurie reali, e provocare delle ferite, degli omicidj. Crediamo però potersi stabilire un principio generale comune a tutti questi casi, in rapporto alle scuse, ed è che ove il giudice del merito, valutando questi svariati fatti li definisca *ingiurie*, cade in nullità se non li quali-

fica delitti, poichè il carattere di contravvenzione di polizia, d'ingiuria *raga* non può darsi, ai sensi dell'art. 366, che alle ingiurie le quali si fanno con parole o con atti *indecenti*. E' nel criterio morale del giudice qualificare questi tali atti per semplici *vie di fatto* costitutive di contravvenzione, qualora non vi ravvisi nè la intenzione nè la possibilità del pregiudizio nell'altrui stima o decoro, qualora non veggia in essi gli elementi di un'ingiuria; ma dichiaratili *ingiurie* non può ridurli sotto la categoria del comma 3° dell'art. 366, perchè in esso giova ripeterlo, non possono comprendersi che le sole ingiurie per parole e gli atti *indecenti*.

Tra i fatti che costituiscono *delitto contro le persone*, e possono quindi esser cause di scusanti provocazioni, tengono non ultimo luogo le *minacce*. La minaccia ha in sè un elemento d'ingiuria poichè addimosta un'audacia di superchieria, un animo di non curanza e di oltraggiantè sprezzo verso colui che n'è segno; ha un non men grave elemento di violenza, poichè il timore del male minacciato è senza dubbio un'angoscia, un travaglio d'animo, un senso non men doloroso dei fisici patimenti del corpo. Chi dunque ferisce o uccide nell'ira che gli ribolle al vilipendio di una minaccia, nell'offuscamento di ragione in che lo trasporta l'ansia di antivenire il male minacciato, se non opera con quella cieca avventatezza, onde è trascinato l'offeso per percosse o ferite gravi, non trovasi nè anco nel semplice calore di una rissa, e molto meno nella imperturbata volontà di chi non è spinto da nessuna forza provocatrice.

Ma acciò la minaccia costituisca *delitto* e quindi ingeneri la scusa del n° 2 dell'art. 377 è mestieri che sia fatta *con ordine* o sotto *condizione*, e che il male minacciato costituisca un *misfatto*. Il legislatore negli articoli 161 e 162 ha subordinata la esistenza di questa specie di *delitto* ai due cennati requisiti, perchè soltanto l'*ordine* e la *condizione* imposta appalessano nel delinquente un interesse a recare in atto il male minacciato, disvelano in lui una specie di premeditazione nel scegliere la minaccia a mezzo di ottenere quel che con l'ordine o la condizione si richiede. Perchè, se lo stesso tentativo di un delitto non va generalmente soggetto a pena, strana cosa sarebbe imporre una pena correzionale ad un fatto men pericoloso del tentativo, degli stessi atti preparatorj, ad un semplice pensiero e-

(1) Leg. 1, § 1, Dig. de injur., et famosis libell.

(2) L. 15, § 1 Dig. cod. tit.

(3) Decis. Corte Sup. 7 luglio 1834, causa Giuseppe Leone.

(4) Decis. Corte Sup. 18 sett. 1833, causa Luca Simeone.

sternalo con una minaccia. Da ciò ne conseguiva che non può esser costitutiva di delitto, e quindi nè anco di scusa per il n° 2 dell'articolo 377, la minaccia fatta senza ordine o condizione; non avvi allora indizio di animo deliberato, la minaccia non è che una vivace espressione di millanteria, d'inconsiderata jattanza, tutto al più costitutiva di una contravvenzione di polizia, ai sensi del n° 5 dell'articolo 162, e perciò produttiva della scusa di rissa se ad una rissa abbia dato cominciamento. Lo stesso debbe dirsi se la minaccia, fatta con ordine o condizione, contenga un male costitutivo non già un misfatto ma un semplice delitto o contravvenzione. La legge però, in richiedere per l'elemento delittuoso della minaccia il concorso simultaneo dei due enunciati requisiti, non ha distinto se l'ordine o la condizione ingiunga di fare o non fare una cosa, se il reato minacciato costituisca un misfatto contro la persona o contro la proprietà; non si può dunque ricorrere a tali distinzioni né in valutarla la minaccia per applicarle la pena comminata dagli articoli 161 e 162, né in estimarla per la scusa del fatto cui sia stato di provocazione.

Ma tutte queste distinzioni svaniscono quando la minaccia si adopera come mezzo d'impedire l'esercizio degli altrui diritti garantiti dalla legge. « Chiunque, dice l'art. 166, con vie di fatto o minacce impedisca altrui l'esercizio dei propri diritti garantiti dalla legge, sarà punito col primo al secondo grado di prigionia: salve le pene maggiori quante volte il fatto o la minaccia degeneri in reati maggiori ». In questo caso il delitto sta, più che nella minaccia nell'impedimento della libertà civile del cittadino; non può dunque la minaccia, ove sia di mezzo a questo altro fatto per se stesso delittuoso, prendersi nel senso e coi requisiti che il legislatore le definiva negli art. 161 e 162 quando la elevava a delitto sui generis. In questo articolo la legge adopera la espressione generale minaccia senza designazione di genere o di specie; sia essa verbale o scritta, sia con ordine, condizione o semplice, riveli il pensiero di commettere un misfatto o un delitto, la sua influenza sulla pena del reato, cui è di mezzo, è sempre la stessa, sempre dà vita al delitto preveduto dall'art. 166; la sua reità attinge allora nello scopo a cui mira quella gravanza che non avrebbe in se stessa.

Il voler ad uno ad uno enumerare tutti i

diritti l'impedimento del cui esercizio dà vita al delitto in esame, sarebbe opera di non breve fine; ci limiteremo dunque alla disamina dei diritti relativi alla proprietà e perchè fonte di più frequenti controversie nella pratica, e perchè ad essa si rannoda la questione: se un reato contro la proprietà possa valer di scusa ed un reato contro la persona.

L'impedimento del libero uso della proprietà era dai Romani riguardato come un delitto di violenza e d'ingiuria: *vim facis, qui non sinit possidentem eo quod possident, uti arbitrio suo sive inserendo, sive fodiendo, sive arando, sive acedificando, sive quod omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarj non reliquit (1)*; ed altrove: *injuriarum agi potest si quis re mea uti me non permittit (2)*. Ninn dubbio che anche sotto la vigente legislazione il libero uso della propria cosa costituisca uno degli essenziali elementi della proprietà, una delle principali conseguenze di questo diritto tanto garantito dalle leggi, niun dubbio dunque che l'impedimento del suo esercizio, opposto con minaccia, qualunque si sia, con qualunque via di fatto presenta un delitto misto d'ingiuria e di violenza, il delitto preveduto dall'art. 166 e quindi è di scusa per delitto a chi vendica tale offesa con ferite o omicidj.

Ma il diritto di proprietà non si limita al solo libero uso e godimento della cosa propria, esso comprende ancora la facoltà di escluderne ogni altro, di tutelarla con vigilante custodia dagli altrui attentati. Chi vede danneggiato un suo fondo, invaso da altrui animali un suo campo, recisa da mano inimica un suo albero, se per allontanare la continuazione o il rinnovellamento del danno rompe in risentiti accenti, si muove ad espellere gli animali, chiede al danneggiatore un pegno di sicurezza di risarcimento, non fa che esercitare un diritto legittimo, il diritto di custodia della cosa propria. Or, se il danneggiatore gli si volge con minacce o vie di fatto, se col terrore della sua baldanza vuole sminuire nel danneggiato quella fiducia di garanzia che la legge gli assicura su la sua proprietà, intimorirlo a soffrire in pace e rispettare l'attentato che gli sta commettendo, rendesi certamente colpevole del delitto preve-

(1) L. 11, lib. XLIII, ff. de vi et vi armata.

(2) L. XIII, § 7 ff. de injuriis et famosis libellis.

dato dall'art. 166; delitto contro la persona perchè offensivo di un diritto inerente alla *persona civile* del cittadino. A chi dunque ferisce o uccide nell'offuscamento d'ira in che lo trasporta la provocazione di simile offesa non può al certo negarsi la scusa del n° 2° dell'art. 377. Tale dottrina trovasi sanzionata dalla giurisprudenza della Corte Suprema con svariate decisioni di cui giova notare qualche esempio. Un individuo sorprende un villico in atto che gli stava danneggiando un campo, lo sgrida, gli impone di sgombrare il fondo ed ha in risposta le minacciose parole: *non me ne andrò, se non mi ungo prima del tuo sangue le scarpe*; irritato da tanta baldanza il proprietario gli vibra un colpo e lo uccide; la Corte Suprema lo dichiara scusabile per provocazione di delitto contro la persona (1).

Altra volta un guardiano di un campo sorprende alcuni animali che vi stavano pascolando, chiede al loro custode il pegno, per presentarlo in giudizio a prova del danno recatogli, ed ha in risposta delle *minacce*, minacciato uccide ed è condannato alla pena dell'omicidio volontario. Portato ricorso in Corte Suprema, la stessa annulla la Decisione di condanna, dichiarando competere all'uccisore la scusa per delitto; ecco le sue considerazioni: *attesochè risulta dal contesto della decisione che l'ucciso invece di dare il pegno, come l'accusato gli aveva richiesto, proruppe in espressioni indecenti contro di lui, ed inalberando l' accetta che aveva nelle mani soggiunse: che se si fosse accostato lo avrebbe ridotto a pezzi. — Attesochè con tali espressioni e minacce procurò di impedire che l'accusato, qual custode del fondo, esercitasse quel diritto di custodia alla quale era destinato. — Attesochè per l'art. 166 leg. pen. una minaccia di tale natura è contemplata dalla legge, ed è sanzionata la pena del primo al secondo grado di prigionia contro chiunque con vie di fatto o minacce impedisce altrui l'esercizio dei propri diritti garantiti dalla legge (2) ».*

Ma acciò questo principio abbia una retta applicazione nella pratica è mestieri aggiungere due osservazioni.

La prima si è che la scusa dovuta agli o-

micidi e alle ferite commesse dal danneggiato sul danneggiatore non stà nella lesione materiale, nel danno arrecato alla proprietà. Il danno alla proprietà può costituire misfatto o delitto, ma non mai misfatto o delitto *contro le persone* nel che risiede uno degli elementi indispensabili delle scuse. Può, è vero, un danno recato alla proprietà trascinare taluno a cieco furore, ma questo furore nè merita nè ha compatimento alcuno dalla legge. Il prezzo della roba non può mettersi a paro con quello della vita e della incolumità delle membra e dell'onore; la offesa della prima non presenta quel carattere d'ira generosa che nella offesa d'onore dell'animo umano si accende per fisici o morali bistrattamenti; non ha lo stesso carattere d'*irreparabilità*, perchè può la giustizia risarcire il danno pecuniario, ma la pena per le offese personali se tormenta l'offensore, non lava la macchia dell'ingiuria, non restituisce il membro mutilato non compensa i sofferti patimenti.

La scusa nei su enunciatì casi stà appunto nella offesa morale inerente alla minaccia, alla via di fatto onde vuolsi impedire al proprietario danneggiato l'esercizio del proprio diritto. Da ciò la conseguenza di non competere scusa alcuna a chi, alla sola vista del danno, ferisce o uccide il danneggiatore senza che costui sia di altro colpevole che della offesa alla proprietà. Così la Corte Suprema dichiarava inescusabile un tale Alessio Fracchio che vedendo alcuni animali danneggiare un suo campo corse diffiato contro il loro custode e lo ferì mortalmente (3); così del pari dichiarava in molti altri rincontri (4).

La seconda osservazione si è che per aversi nelle discorse congiunture la scusa per provocazione del delitto preveduto dall'articolo 166 è necessario che vi sia una *minaccia* una via di fatto; ma se il danneggiatore non fa che volgersi al danneggiato con soli atteggiamenti di baldanza, con delle mosse, dei gesti che non contengono una minaccia espressa, che non trascendono a vie di fatto allora non si ha l'elemento del reato preveduto dall'articolo 166 ma un semplice minaccia costitutiva di contravvenzione di polizia ai termini dell'art. 462 n° 5, quindi puossi avere non la scusa di delitto ma quella di risa-
sa, come in appresso vedremo.

(1) Decis. Corte Sup. 17 nov. 1834, causa Leonardo Longo.

(2) Decis. Cort. Sup. 7 dic. 1835, causa Giuseppe Russo.

(3) Decis. 20 nov. 1833.

(4) Decis. 7 nov. 1836, causa Nicolangelo Viscuso; 30 sett. 1836, causa Santolo Romano.

Innanzi di metter fine alla disamina dei fatti, che possono costituire la provocazione per delitto, non sarà fuori proposito ventilare taluni dubbj che possono elevarsi intorno la provocazione per adulterio, e a quella pei fatti contemplati dall'art. 345.

L'adulterio costituisce un delitto contro le persone; la scusa per esso nascente in prò del marito offeso mentre da una banda porta a maggiore diminuzione di pena che quella statuita nel n° 2 dell'art. 377, va d'altra parte subordinato a condizioni meno agevoli a verificarsi, alla sorpresa in *flagrantia degli atti venerei*. Or, se il vindice di quest'onta sia non il marito offeso ma il suo fratello, il suo padre, dee forse valere per essi alcuna scusa? va forse governata questa scusa dalla disposizione dell'art. 388? Pare che in quanto al primo dubbio non si possa andare a sentenza negativa della scusa. L'adulterio è un delitto che in offendere direttamente il conjugato tradito è in pari tempo di offesa a tutti quelli che hanno con lui comuni sangue ed affetti, che con lui dividono le gioie e i rancori; è un delitto che il legislatore chiamava delitto contro l'ordine delle famiglie, non a capriccio, ma perchè la sua macchia si riversa su tutti i membri di quella, perchè tutti i membri di una famiglia adontata dall'adulterio risentono le inquietezze delle sue conseguenze, e tra i membri di una famiglia va certamente compreso il padre, il fratello: « *Jure proprio familiam dicimus plures personas quae sunt sub unius potestate aut natura aut jure subjectae: ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias, quique deinceps vicem eorum sequuntur: ut puta nepos, et neptis et deinceps. . . . Comuni autem jure familiam dicimus omnium agnatorum. Nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes qui sub unius potestate fuerint recte ejusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem gente proditi sunt* » (1). La legge civile ha creati vincoli troppo stretti tra il cognato e la cognata, tra il suocero e la nuora per non potersi reputare estranei fra loro, per non potersi tenere indifferenti all'animo degli uni gli onori o le infamie delle altre. Se i figli della cognata o della nuora hanno diritto alla eredità degli zii e degli avi, come non riputare anche costoro offesi dall'adulterio di quel-

la, da quell'adulterio che intrude genti estranee nella loro successione? Inoltre, la legge nell'art. 378 è larga di scusa all'ira vendicativa che si destasse nell'animo del cognato, del suocero ad un oltraggio al pudore recato alla cognata o alla nuora; ciò senza dubbio non per altro se non perchè il legislatore ha reputata giusta quell'ira, li ha creduti tocchi dall'attentato commesso contro l'onore di persona che è parte della loro famiglia. Or, se questo attentato all'onore è in tal caso operativo di una scusa in prò dell'offeso congiunto, non v'ha ragione alcuna per non dire lo stesso quando l'onore della famiglia sia macchiato non per forza di un estraneo ma per spontaneo consentimento di chi è parte della famiglia. In entrambi i casi gli effetti sono gli stessi, lo stesso è il disonore; se dall'estraneo si ha anche l'ingiuria della superchieria, della congiunta si ha un rancore più sentito perchè meno attesa la macchia dell'onta, più sacri i doveri da lei violati. Da ultimo, se nell'adulterio non vuol vedersi offesa propria ai congiunti del tradito conjugato, non può loro negarsi la comunione delle scuse stabilita dall'art. 378. Il padre e il fratello del marito dell'adultera vanno certamente nella categoria delle persone enunciate nel citato articolo; l'adulterio è certamente una offesa per delitto contro la persona del marito, dunque non può a quelli negarsi la scusa della vendetta della offesa di costui; desiderare altrimenti sarebbe un restringere arbitrariamente la disposizione di quell'articolo, creargli una eccezione non statuita da nessun testo di legge.

Nè si dica che il beneficio dell'articolo 378 non possa avere applicazione nei casi di adulterio, perchè escluso dall'articolo 388, il quale pel fatto e le conseguenze della scusa dell'adulterio statuisce una norma speciale nel solo rapporto del marito e del padre dell'adultera; nonchè dall'articolo 326 il quale, limitando al solo marito il diritto della querela dell'adulterio, mostra ad evidenza che su lui solo cade l'offesa di questo reato. Queste argomentazioni sarebbero più speciose che solide.

Nell'art. 388 non altro si statuisce, nè altro vi si può leggere, se nonchè una modificazione dell'articolo 380 in quanto al grado dell'attenuamento della pena cui generalmente porta la scusa di delitto; è questa la modificazione che riguarda il solo marito, che non può estendersi ai suoi congiunti. Ma il dire che al marito compete scusa più forte, non importa dire che ai suoi congiunti non compete

(1) L. 195 ff. de verb. et rerum signif. § famil. apert.

scusa veruna; la eccezione statuita per gli effetti della scusa non può riflettere la estensione della stessa, non può implicitamente distruggere questa estensione proclamata in termini chiari e generali dall'articolo 378.

D'altra banda, se il diritto di querelarsi di tale reato è del solo marito, ciò non importa che egli solo ne sia l'offeso, che egli solo goda la scusa della privale vendetta. La legge ha rimesso all'esclusivo arbitrio del marito la diminnia dell'adulterio, perchè suppone falsi i sospetti della fedeltà conjugale quando il conjugue crede sprezzarli col silenzio della non curanza; perchè potrebbe talvolta non la carità del sangue ma il malvolere dell'odio spingere a simili dinunzie, tanto più facili in quanto che, mentre non sono di pericolo alcuno per chi le fa, riescono di fatali conseguenze per chi le soffre. Ma tali motivi non hanno forza alcuna nel caso in esame, la legge non dee temere che un mal fondato sospetto, un finto zelo di fraterna onoratezza possa spingere alla vendetta dell'adulterio, come alla sua diminnia, perciocchè la diminnia va quasi sempre impunita, ma la vendetta ha la sua pena, e l'ha tutta intera se non provi la esistenza del delitto provocante e l'attualità della provocazione, se non offra i caratteri di una vendetta giusta, legale, onorevole. Dunque la esclusione del diritto di querela dell'adulterio non può interpretarsi, contro i congiunti del marito, come esclusione anche del diritto della scusa, poichè fra i due casi non v'ha parità, non analogia di ragioni; poichè la legge stessa ha proclamata tale differenza concedendo espressamente la scusa al padre dell'adultera, mentre, come ad ogni altro congiunto, gli nega la facoltà di far querela. Giova ripeterlo: la offesa dell'adulterio mentre ferisce il marito tocca anche gli altri membri di sua famiglia; se per questi non si vuole tal delitto ritenere come provocazione per offesa propria, non può farsi a meno di ritenerlo come di scusa loro comunicata dall'art. 378; la disposizione di questo articolo è generale, nè le si può trovare, negli art. 326 e 388, una eccezione non consentita nè dalla lettera nè dallo spirito della legge.

Ma quale sarà l'attenuamento di pena cui può portare questa scusa, quali le sue condizioni? L'adulterio è punito con pena correzionale dunque non altro costituisce che un delitto; ma la provocazione di offesa per delitto non altra diminuzione di pena può im-

portare che quella statuita nell'art. 380; se l'attenuamento prescritto dall'art. 388 trascende questi limiti l'è a solo riguardo del marito o del padre dell'adultera, perchè la offesa è per loro molto più grave che pei loro congiunti. Ma se ciò vale per l'attenuazione della pena non può valere pei requisiti dell'ammissibilità della scusa; tra gli elementi indispensabili delle scuse vi è l'attualità della provocazione e questa attualità non può aversi in fatto di adulterio che nella sorpresa in flagranza, in quell'atto che non lascia luogo a dubbi sulla realtà dell'offesa, che non permette di scambiare in sospetti d'infedeltà degli atti di pura gentilezza, in delittuoso convegno un incontro meramente casuale. Qualunque prova estranea si abbia dell'adulterio non può esser produttiva di scusa alcuna, perchè allora si ha non la vista, non l'impulso fisico ma la memoria morale dell'oltraggio; ed anche in fatto di altri reati, la vendetta che si faccia di ferite ed omicidj, presenti al nostro animo per sola ricordanza, è dalla legge dichiarata inescusabile.

La legge, sotto il titolo dei reati che attaccano l'ordine delle famiglie, dopo aver parlato degli adulteri, dei ratti e degli stupri, passa a cominciare, con l'art. 345, la pena di prigionia « contro ogni altro atto turpe o sregolamento d'incontinenza che offenda il pubblico costume, egualmente che ogni oltraggio al pudore pubblico ». Questi tali atti possono dare un giuridico cominciamento di rissa ed ingenerar la scusa del n° 4° ove sieno praticati sotto la vista altrui, comechè senza animo di recargli direttamente nn'ingiuria, in modo però che da costui ripreso l'impudico gli risponda con parole eccitatrici di una rissa, nella quale porti poi la pena della sua proterva lascivia. Così, avendo un individuo sorpresa la propria madre vedova, d'accosto al domestico abituro quasi agli occhi della sua onorata famiglia, in atti venerei con un giovane si volse a costui con risentiti accenti ed ebbe in risposta parole più risentite, sicchè accessasi una briga lo uccise. Condannato alla pena dell'omicidio volontario inescusabile, la Corte Suprema annullava la Decisione dichiarando competergli la scusa della rissa, cui l'ucciso avea dato causa con quell'impudente sregolamento d'incontinenza (1). Ma se gli

(1) Decis. Corte Sup. 27 luglio 1835, causa Antonio Ignio.

atti preveduti dall'art. 345 sieno praticati su la persona di qualcuno, o in modo che ne derivi un'ingiuria per qualcuno individualmente, allora senza dubbio costituiscono una provocazione per delitto e possono, senza esser seguiti da altra contesa di parole, portare alla scusa del n° 2 dell'art. 377. Tale certamente sarebbe un lascivo bacio impresso in pubblico a donna altrui, tale il protendere l'impudica mano nell'intatto seno di casta donzella.

Ma può dirsi compresa nella reità preveduta da questo articolo, costitutiva di provocazione per delitto, la gravidanza di una nubile che le attiri sopra il ferro vendicatore di suo fratello? Tale quistione si è presentata in Corte Suprema nella causa di un tal *Domenico Rotondo* il quale, spinto a cieco sdegno dall'onta offertagli nel turpe ingravidamento di una sua sorella, le immerse il ferro omicida nelle contaminate viscere, e fu dannato all'estremo supplizio. Pertanto ricorso in Corte Suprema la stessa, andando in sentenza opposta a quella del Pubblico Ministero, che ravvisava in quell'ingravidamento una provocazione per delitto, rigettò il ricorso con le seguenti considerazioni: « Le scusanti sono difinite dalla legge, come designate sono le persone cui si accordano talune particolari scusanti ed in quali precisi casi. Or, nè il sentimento del mal concepito disonore, nè l'abbominevole condotta della uccisa costituisce una scusante ai sensi della legge, e precipuamente ai sensi del n° 2 articolo 377 — In questo articolo è richiesto un delitto contro la persona dell'uccisore, ma per fatto non risulta alcun delitto che la infelice uccisa commettesse contro la persona del fratello; non lo è neppure il reato figurato nell'art. 345 leg. pen.; quando anche tutti riunisse i numeri per apporsi all'uccisa, la conseguenza che se ne trae sarebbe sempre fallace. d'essersi cioè commesso contro l'uccisore. Se tal reato attacca la pace e l'onore delle famiglie non l'attacca già collettivamente, ma individualmente per gli offesi, oltre i quali il disonore come l'infamia non passa. E poi non si tratta di un reato commesso contro l'offensore della sorella uccisa perchè potesse applicarsi l'art. 378. Nè qui si valuta il peso morale dell'azione turpe in cui cadde volontariamente la trafitta sorella. È il solo valor giuridico dell'azione che entra nella bilancia della legge, la quale d'altronde temendo di

sollevar di troppo, d'innanzi ai pregiudizj umani ed alle varie passioni degli uomini, l'ostacolo politico della pena, ha limitato il beneficio di simili particolari scusanti *soltanto* alle persone indicate nell'art. 388, cosicchè non si saprebbe accordar più ad un collaterale che all'ascendente ed al marito, ai quali pure non è concessa scusa che sorprendendo la figlia nella casa paterna, la moglie in *ipsis rebus generis* (1) ».

Pare che queste considerazioni della Corte regolatrice non possano dirsi al coperto d'ogni obbiezione.

La principal ragione che la Corte adduce della sua sentenza si è che quell'illecito ingravidamento, ancorchè costituisse uno dei reati preveduti dall'art. 345, pure non sarebbe un delitto contro la persona del fratello uccisore. Ma come dubitare che l'atto in esame non entri nei termini dell'*oltraggio al pubblico pudore* preveduto dall'art. 345? La legge, con la pena comminata da questo articolo, più che la espiazione, ebbe in mira d'imprimere a quei tali atti un marchio visibile della loro immoralità, acciò dalla tolleranza non prendessero carattere di atti innocui, da questo, contagioso allettamento di esempio, e dall'incauta indifferenza dell'esempio, dallo scandalo impunito, non si venisse a quella trista corruttela di costumi descritta dal Tacito nelle parole: *corrumpere et corrumpi saeculum vocatur* (2). Or, quale scandalo non offre il tumultuato ventre d'impudica donzella agli occhi delle sue caste compagne? Quali idee corruttrici dell'altrui ingenuità non si eccitano da quel patente segno di mal guardata pudicizia? Se v'ha oltraggio al pudore uno dei più gravi è certamente quello di far mostra in pubblico di una illecita gravidanza, perciocchè con questo atto mentre s'irride l'altrui gelosa pudicizia, si scema l'alterezza del sentimento del decoro, si vizia la candidezza dell'ingenuità, si giunge a quelle fatali conseguenze che la legge volle prevenire con le pene statuite nell'art. 345. Se non può dubitarsi che l'atto in disamina rientri nei termini dell'art. 345, pare che non si possa a buon diritto sostenere non essere lo stesso nn delitto contro la persona del fratello. Esso è nella categoria di quelli che attaccano la *pace e l'onore delle famiglie*, e

(1) Decis. Cort. Sup. 18 luglio 1832, causa Domenico Rotondo.

(2) De moribus Germanorum, cap. IX.

membro della famiglia è certamente il fratello, e l'è in vincoli di tanta stretta cognazione che può, in forza dell'art. 197 ll. cc., essere obbligato verso le sorelle alla somministrazione degli alimenti. Non turba forse la pace di un fratello tanta impudicizia di una sorella? non gli tiene forse continuamente fisso innanzi gli occhi il riso beffardo dei vicini, lo scherno con cui sarà accolto da chiunque non sia ignaro del fatto? In che altro mai sarà la reità della minaccia se non nell'angustia d'animo, nel rammarico di un temuto male? In che altro la reità dell'ingiuria, se non nel danno che emerge dalla perdita, dalla diminuzione dell'altrui stima? Or, di quale inquietudine, di qual gravosa cura non è per un fratello onorato il pensiero dell'avvenire dell'impudica sorella? Qual padre vorrà impalmare la sua figlia a chi tiene in casa un vivo testimone di certezza o almeno di sospetti di domestico malcostume? Se dunque questo fallo della sorella è di tanto danno alla tranquillità ed alla stima del fratello, se lo espone al rischio di sentirsi sempre le punture dell'altrui maligna ironia, se dal tristo esempio di lei s'alza un'ombra di sospetto sulla morale dell'intera famiglia, non si sa concepire il motivo per cui non debba lo stesso ritenersi come una delittuosa offesa alla persona di lui. Non si sa spiegare come questo atto, più velenoso per la stima del fratello che una semplice ingiuria, più disturbante che una semplice minaccia, di più sentito dolore che una fisica violenza, sia un atto lecito contro di lui, e non contenga quei caratteri di reità che nessuno mette in dubbio in offese meno pungenti. Non fuvi è vero nella sorella scopo diretto di fare ingiuria, di recare offesa al fratello con la prostituzione del proprio corpo, ma la ingiuria, ma la offesa n'è risultata, e non è nuovo in legge che anche i fatti non pienamente volontari, ma commessi per imprudenza, per dissaccortezza, serbano l'impronta di reato pel danno che arrecano, massime quando non sieno fatti leciti ma riprovati, ma vietati dalla legge. Sela infamia di diritto non passa coi vincoli del sangue, non è così della infamia di fatto, di quell'infamia, di quell'onta che è dispensata dal Codice della pubblica opinione, cui il legislatore mostrò di voler rispettare quando nell'art. 378 concesse la scusa a chi vendicasse l'onta di uno stupro patito da chi gli è stretto con vincoli di sangue.

Da ultimo, non è vero che la scusa per simili provocazioni sia del solo padre o marito dell'impudica, nè vi ha quella incongruenza che la Corte vede nel concedersi maggior compatimento al fratello che al padre ed al marito, pei quali la scusa è limitata alla sola *sorpresa in flagranza*. La legge nell'articolo 388 enuncia il solo padre e marito perchè, esclusi questi dal beneficio delle scuse generali contemplate nell'art. 377, vi era bisogno di una disposizione speciale per ammetterli alla scusante in esame; ma non vi era la stessa necessità pei fratelli, ai quali è comune il favor delle scuse statuite per tutti gli altri cittadini; i fratelli attingono in questo caso l'attenuamento di pena non dall'art. 388 ma dal n° 2 dell'art. 377; niuna esclusione può dunque inferirsi contro di loro dal non essere menzionati in quella prima disposizione, se il fatto presenta tutt'i caratteri di quella provocazione per delitto che è contemplata dall'art. 377. Che se la scusa pel marito è limitata alla sorpresa in flagranza ne fu ragione il timore di dare, con una troppo facile impunità, troppo libera sfrenatezza alle cieche furie della sua gelosia; e se alla stessa condizione è subordinata la scusa del padre, l'è, non già perchè la legge non veggia sempre una offesa contro di lui nelle incontinenze della figlia, ma perchè esige dalla sua paterna carità il sacrificio della sofferenza, come la esige anche nelle provocazioni per ferite o percosse gravi; perchè la sola vista del turpe atto, onde è contaminata la onoratezza di sua casa, fu dalla legge stimata valevole a soffocare nel padre l'amor filiale, a spingerlo nelle cieche furie della vendetta contro colei che è parte di sè. Ma questi motivi speciali non hanno forza alcuna contro il fratello; egli non è come il padre escluso dalla scusa della provocazione per i casi preveduti dall'art. 377, non ha come il marito, contro di sè, i sospetti di troppo facile ira, d'immaginaria offesa, per dover essere astretto alla flagranza dell'offesa stessa. Tutta dunque la questione si riduce a vedere: se il vergognoso procedere della sorella costituisca un *delitto* contro la persona di lui; se per le discorse ragioni non può farsi a meno di ritenere per tale, l'analogia che si trae dalla condizione della scusa richiesta pel padre e pel marito non può toccarlo, perchè non vi è parità di ragioni tra lui e l'enunciata persone. E se la lettera della legge non lo

esclude espressamente dal beneficio della scusa non lo può escludere la interpretazione, perchè in lui non si punisce un delitto di vile, di pericolosa reità, ma un fallo a cui fu trascinato dal sentimento dell'onore; ed ove impera tale sentimento a tutela della virtù non vi è gran bisogno della tutela della severità delle pene.

I numeri 1° e 2° dell'art. 377 ammettono come scusanti le percosse e le ferite, i misfatti e i delitti *contro le persone*; questa ultima espressione generica ha dato luogo al dubbio se valga la scusa anche per chi vendica le offese commesse non in persona propria ma in persona altrui. I nostri autori discutendo tale controversia la risolvono per l'affermativa (1); per l'affermativa tiene ancora il Comm. Nicolini il quale, in una sua requisitoria pronunciata su tale quistione in Corte Suprema, così si esprimeva: « Quando manchi la forza pubblica o il magistrato che faccia rispettar le leggi, e che alcuno sia nel pericolo di perdere ingiustamente la vita, ogni cittadino è investito di una specie di magistratura, e per l'urgenza in cui si trova, ei *provvede* nel tempo stesso, e *giudica*, e *prosegue*: ma dee rendere conto e dee renderlo in un giudizio di alto criminale. — E quale e quanto è il dovere impostogli, in sì alto, in sì duro, in sì periglioso ufficio! Gli atti non ne sono giustificati che dal principio: *necessitas constituit jus*. Si pesino però ad una ad una tutte le parole con le quali di questo antico dettato fa la parafrasi la legge: *comandato dalla necessità attuale della legittima difesa di altrui*. Tre condizioni vi si richieggono, le stesse che si richiedono per giustificare l'omicidio commesso per propria difesa. Non vi è dovere, non vi è diritto che non abbia le sue restrizioni e che non incontri i suoi scogli, fra i quali, quanto più s'è in tempesta, tanto più attentamente si dee con la ragione navigare, ed evitarli. »

» Nobilissima intanto è la permissione che in questo caso si dà dalla legge. Restringerla nel cerchio della necessità attuale della difesa propria, sarebbe stato troppo egoista e forse men che animale; reazione ella sarebbe poco men brutta della reazione dei corpi, e quasi tutta meccanica. Aggiuntavi la difesa altrui se ne sublima il principio, e questo si

rende non solo razionale ma eminentemente sociale. — Che se il periglio è passato, se non si giunge alla difesa, e non rimane che la vendetta, non è giusto che questo principio così virtuoso, così generoso, così nobile non giovi almeno alla scusa. Se questo è principio di sociabilità, esso dee far sì che le percosse e le ferite provocatrici dell'omicidio, attenuino egualmente e con la stessa misura l'imputazione, ed in chi uccide per percosse o ferite che ingiustamente ei riceve in se stesso, ed in chi uccide per percosse o ferite ingiuste che vede negli altri. L'articolo 377 non dice già, *percosse e ferite o misfatto o delitto contro la propria persona*: dice bensì, *percosse o ferite o misfatto o delitto contro le persone*. — L'uccisore vide un vecchio inerme, infermo, ferito, avente a fronte un uomo furente ed armato. Era questo il caso della necessità attuale della difesa altrui? Ecco quale era la quistione che sorgea spontanea dal fatto. E se mai le circostanze dell'avvenimento non fossero state all'accusato sì favorevoli da far dichiarare giustificato l'omicidio, non si era costui forse mosso ad uccidere, perchè eccitato all'ira dalla ferita con effusione di sangue nella giovane, ugualmente che dalla ferita con effusione di sangue nel vecchio? Questa quistione sorgeva pure dal fatto (2). » La Corte Suprema facendo plauso a questi principi, ed accogliendo la di lui requisitoria per annullamento, annullava la decisione per non essersi elevata la quistione della scusa di provocazione (3).

Se a tali autorità si volesse aggiungere altra, presceglieremmo quella del Gioia il quale così si esprime: « La difesa di persona innocente debb'essere ammessa come legittima scusa all'ingiurie. L'indegnazione che in noi si accendo alla vista del potente che maltratta il debole, l'indegnazione che ci fa dimenticare il nostro pericolo personale e ci stimola di soccorrere gli oppressi, debb'essere riguardata come una forza che alle funzioni del magistrato si associa e ne eseguisce gli ordini. Importa alla pubblica salute che ogni uomo onesto sia considerato qual protettore naturale di ogni altro e temuto dai rei (4). »

(1) Quis. di diritto, t. 2, pag. 301.

(3) Decis. Cort. Sup. 1833, causa Nicola Napodano.

(4) Ingiurie, danni e indennizzamenti, parte 1°, cap. 3, art. 3, a° 8.

(1) Ved. sop. p. 186.

Ma questi magnanimi e sociali principj possono mai avere applicazione sotto l'impero dei vigenti articoli 377 e 378? noi siamo, nostro malgrado, sforzati dalla legge a tenere per la negativa. Ed in vero; se la previsione del legislatore si fosse, come nel Codice Francese, limitata alle sole parole: misfatti o delitti *contro le persone*, si potrebbe a buon diritto sostenere che la espressione generica: *persona* riguarda tanto la *propria* quanto la *persona altrui*. Ma l'ambiguità, la generalità del significato di quel vocabolo trovasi in certo modo confinata in limiti precisi dall'artic. 378 il quale prescrive: Le ragioni ammesse come scusanti sono comuni ai genitori o altri ascendenti, ai figli o altri discendenti, ai fratelli ed alle sorelle in secondo grado, ai coniugi ed agli affini negli stessi gradi, dei quali gli uni vendicassero le offese degli altri. Or, se la legge ha preveduto a quali altre persone, oltre la persona propria dell'offeso, possa valer di scusa la giusta ira, il giusto dolore eccitato da una offesa provocatrice, se ha limitate queste *altre persone* nella sfera dei gradi di cognazione civile in quell'articolo menzionata, non si può certamente andare al di là della provvisione legislativa, estendere la scusa a gradi di parentela non menzionati nell'artic. 378.

Altra questione forse non men grave e di non minore interesse stà in vedere: se i fatti provocatori, menzionati nei due primi numeri dell'art. 377, debbansi valutare per le scuse secondo la loro intrinseca reità, o secondo l'aggravamento che possono attingere dalle qualità personali. Ad esempio, le percosse e le ferite in persona di un funzionario vanno dall'art. 175 punite col primo grado dei ferri senza distinzione se *gravi* o *lievi*; le ingiurie, le violenze e le semplici vie di fatto contro il militare in sentinella sono colpite dal Decreto dei 12 ottobre 1827 colla relegazione o la reclusione; gl'insulti e le vie di fatto contro i gendarmi in servizio sono, dall'art. 126 della Reale Ordinanza della Gendarmeria, puniti come se fossero commessi contro il militare in sentinella; lo stupro violento semplicemente tentato ha la relegazione nei casi dell'articolo 340; or se il funzionario, il militare in sentinella, il gendarme in servizio, se la persona tentata con gli atti impudichi o i suoi congiunti rispondono a queste ingiurie, a queste vie di fatto con ferite o omicidj, hanno forse la scusa del reato che costituisce l'offesa loro

fatta, o di quello che nascerebbe da tali offese se fossero scompagnate dalla circostanza aggravante?

A noi pare che per ben risolvere tale questione debbasi distinguere se la qualità aggravante sia nel provocatore o nel provocato. Nel primo caso, essendo la qualità inerente alla persona dell'autore della provocazione non può la reità di questa scindersi in due, e riguardarsi simultaneamente come misfatto per la pena che l'è dovuta, come delitto per la scusa che ingenera in chi offeso offende, ed antiviene col proprio braccio la vendetta della legge. Ed invero, lo stupro violento mancato, punito generalmente col terzo grado di prigionia, diventa misfatto e va soggetto alla relegazione se sia commesso da un pubblico ufficiale, da un tutore o istitutore, da un carceriere, da un servo salariato della persona violentata, non per altro motivo se non perchè essi abusano dei poteri, della fiducia del loro stato; perchè in luogo della protezione, delle cure e del rispetto che si è in diritto di attendere da loro, si hanno soprusi, corruzioni ed insulti. Se dunque la gravità della responsabilità, che pesa su le indicate persone, non è ad altro statuita che a meglio garantire dalle loro offese gli altri membri della società, è chiaro che la ingiuria da essi inferita riesce tanto più pungente quanto meno aspettata o temuta, è scintilla d'ira tanto più giusta e bollente quanto più sacri erano i doveri che stringevano l'offensore all'offeso. Ma il principio animatore delle scuse stà appunto nell'offuscamento dell'ira che in noi si accende per un'ingiusta offesa, e se in tali casi l'ira è maggiore perchè maggiore l'offesa, non vi ha dubbio che maggiore debba essere l'offuscamento della ragione, e quindi il fatto così provocato men volontario, e perciò degno di scusa maggiore.

Ma non può dirsi lo stesso se la qualità aggravante il reato, che provoca un reato maggiore, trovasi nel provocato. La pena per gli insulti, le ferite e le percosse commesse contro il pubblico funzionario, il militare in sentinella, il gendarme in servizio si aggrava non per riguardi dal legislatore prodigati al loro *individuo*, ma per maggior tutela dell'azione delle leggi di cui sono i custodi o gli esecutori. Avvi in essi due *persone*, la privata e la pubblica; la prima ha la garanzia comune delle pene che proteggono dalle offese ogni altro cittadino, la seconda una garanzia spe-

ziale che difende non la loro vita ma la vita della legge. La prima ha i suoi sdegni, le sue passioni, tutti i perturbamenti che sono del cuore umano; la seconda è impassibile, ha mente ma non cuore, ha ragione ma non sdegni, ripulsa le offese con ponderati castighi non già con corrive vendette.

Or, se il magistrato offeso di percossa lieve, invece di gridare all'arresto del percussore gli si avventa contro e l'uccide; se il soldato in *sentinella*, ad una ingiuria ricevuta, invece di gridare *all'armi*, risponde con le palle del suo archibugio; se il gendarme, insultato in atto di servizio, in luogo di ricordare *in nome del Re* il rispetto dovutogli, tira la sciabla ed uccide, si ha non l'azione della legge ma quella dell'uomo, non il mezzo di tutela a cui la facoltà la loro divisa, ma il mezzo di vendetta a cui li spinge la loro natura. Invano dunque diranno che l'omicidio e le ferite da essi commesse meritano la scusa del n° 1° art. 377 per esser stati provocati da offese punibili criminalmente, costitutive di misfatto. Il carattere di misfatto non sta nella natura intrinseca di quei reati ma nell'aggravamento che vi aggiunge l'offesa diretta alla legge, dunque la violenta reazione non può attingere aumento di pena da quell'aumento di pena, dettato soltanto da riguardi dovuti alla legge offesa, perchè la legge non può riconoscere come sua quella violenta risposta, non può quindi garantirla con tutta la responsabilità del rispetto a se dovuto. Io rendere violenze per violenze questi tali individui hanno smemicato il carattere pubblico per sentire gl'im-pulsi delle passioni private, hanno operato non da pubblici funzionari ma da privati, non possono quindi pretendere altri riguardi che quelli dalla legge garantiti alla universalità dei cittadini.

A questi motivi generali puossi aggiungere un motivo speciale di anomalia che nascerebbe dalla opposta interpretazione. Tutti i modi di provocazione che possono valer di scusa ai misfatti o delitti riduconsi o a violenze fisiche, costituenti percosse o ferite, o a violenze morali costituenti ingiurie, minacce o altri reati contro le persone. Or, quando la provocazione è per ferita o percossa, non puossi guardare altro nella valutazione della scusa che la loro intrinseca natura; la pena cui vanno soggette non ha veruna influenza, sia questa criminale o correzionale, sia costitutiva di misfatto o delitto il grado della scusa

dipende sempre dal carattere di *gravi* o *lievi* in esse dichiarato. Assoluto è in ciò il disposto dei due primi numeri dell'art. 377, nè avvi nelle leggi disposizione alcuna che lo modifichi. Nè si dica che la percossa lieve, punita criminalmente per la qualità aggravante dell'offesa, vada sotto la categoria degli *altri misfatti contro le persone* e come tale possa costituire la scusa del numero primo; nelle parole *o altri misfatti contro le persone* debbono comprendersi tutt'altri reati che quelli costituiti da percosse o ferite, perchè queste essendo state espressamente enunciate sotto il loro nome specifico, non puossi dire che abbia il legislatore inteso comprenderle anche sotto la espressione generica di *altri misfatti*, poichè vi sarebbe allora un pleonismo ozioso e la legge non parla mai invano. Certa cosa dunque si è che la qualità di funzionario, di pubblico ufficiale nell'individuo provocato con ferite o percosse non può far dipendere la quantità della provocazione dalla pena alle ferite applicabile, anzichè dal loro fisico carattere di gravità. Or, sarebbe certamente una legge molto strana quella che accordasse la stessa scusa e al funzionario provocato da ferita *grave* e a quello provocato da percossa *lieve*, che applicasse la stessa diminuzione di pena e all'omicidio commesso dal militare in *sentinella*, dal gendarme in servizio per provocazioni di vie di fatto, onde fosse messa in pericolo la loro vita, e all'omicidio che questi agenti della pubblica forza commettessero di rinando ad una semplice ingiuria, ad un semplice insulto.

Il quarto motivo di scusa statuito dall'articolo 377 sta nella rissa. Era questa una ragione legale di attenuamento di pena anche presso l'antico diritto: *Sane si in continentis orta rixa, diceva il Mattei, alter calore iracundiae provocaverit, alter eodem fervore in pugnam descenderit, a poena gladii exequari ille poterit, qui crebris adversarii injuriis ita exacerbatu fuit, ut sustinere diutius colla-ctam iracundiam non quiverit* (1). Il n° 4 dell'art. 377 che prevede questa scusa è così concepito: «Gli omicidi volontari, le percosse o ferite volontarie, ed ogni altra ingiuria o offesa contro le persone, saranno scusabili... se sieno commessi in rissa di cui il colpevole

(1) Anton Matteo de criminibus, lib. 48 Dig. Tit. V, Cap. 3, n° 8.

non è l'autore. È riputato autore della rissa colui che il primo la provochi per lo meno con offese o ingiurie in modo che l'offesa o l'ingiuria sia punibile almeno con le pene di polizia. »

Ai termini di questo articolo per accordarsi la scusa della rissa è necessario 1° che il *fatto*, cui vuoi si applicar la scusa, *avvenga in una rissa*; 2° che di questa rissa *non sia stato autore il colpevole che invoca la scusa*; 3° che la rissa abbia avuto causa da ingiuria o offesa punibile almeno di pene di polizia.

L'elemento costitutivo la scusa del n° 4 dell'art. 377 è il fatto materiale della rissa. Per rissa s'intende quel vicendevole riscaldamento di sdegni che si accende, si avvanza e ribolle per lo scambio ognor crescente di pungenti parole, di atti iracondi, i quali si framezzano tra il fatto che dà cominciamento alla contesa e quello che le dà fine col reato di sangue a cui prò s'invoca la scusa. L'offuscamento di ragione, l'avventataggine degli inconsiderati moti della mano attinge allora in questo mutuo contrasto di offese, in questa progressione di scambievoli aizzamenti d'ire, quella ragion legale cui sarebbe insufficiente la leggerezza d'una semplice contravvenzione di polizia, onde fosse venuta la prima favilla dell'incendio. Da ciò ne conseguita che a torto s'invoca la scusa del numero 4° allorché l'omicidio o le ferite sieno state non da altro precedute che da offesa punibile con semplice pena di polizia, allorché una offesa si lieve veggasi immediatamente, e senza altra contenzione di parole, ricambiata con ferite, o percosse. Manca allora il fatto della rissa, manca dunque la ragione onde dipende la diminuzione di pena statuta per questa specie di scusa; qualunque sia la offesa provocatrice, se essa non costituisce nè delitto nè misfatto ma una semplice contravvenzione, il colpevole non può aver diritto a scusa se non provi che quella contravvenzione fu susseguita da una rissa, che egli percosse o ferì in rissa.

Ma provato il fatto della rissa debbe forse l'imputato provare ancora che egli non sia stato autore della stessa? Quando la legge dice: rissa di cui il colpevole non è l'autore intende forse stabilire un requisito di questa specie di scusa, sicchè la sua prova incumba a chi la invoca, o piuttosto una eccezione al beneficio della scusa stessa, sicchè sia a carico del Pubblico Ministero provare la circostanza costitutiva tale eccezione, la circo-

stanza d'esser stato l'imputato autore della rissa? Tale questione trovasi ormai rifermata dalla giurisprudenza, la quale ha costantemente dichiarato: che il n° 4° dell'art. 377 si risolve nella proposizione: è scusabile l'omicidio in rissa *eccetto* se l'omicida sia anche colpevole di un altro reato con cui egli abbia dato cominciamento alla rissa; che perciò la prova della eccezione della scusa, dipendente dal fatto d'esser stato il colpevole autore della rissa, è tutta a carico del Pubblico Ministero (1). A noi pare che tale dottrina non ammetta alcuna obbiezione: ed in vero, il principio della scusa sta in questo caso nell'attenuamento del dolo che il fatto attinge dagli avventati impulsi delle ire della rissa; allorché dunque l'imputato ha provato il fatto della rissa può dire di aver provata la causa che rese men riflessiva la sua ragione, l'offuscamento di sdegno che gli spinse, quasi suo malgrado, la mano al reato, ha dunque provato il *fatto della scusa* cui l'art. 382 concede la diminuzione di pena. Se il pubblico accusatore lo dice indegno di quella scusa, per esser stato egli stesso autore di quella rissa onde vuole trarre giovamento, a lui spetta la prova di questa circostanza perchè: *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (2), perchè imporre all'imputato il debito di dimostrare che non abbia egli dato causa alla rissa importa astringerlo alla prova di un fatto negativo, ad una prova impossibile. Inoltre, la indegnità della scusa dipende non da qualunque fatto con cui l'omicida, il feritore abbia dato causa alla rissa, ma da un fatto costitutivo di un reato: È riputato autore della rissa, sta scritto nel n° 4° dell'art. 377, colui che il primo la provochi per lo meno con offese o ingiurie, in modo che l'offesa o l'ingiuria sia punibile con le pene di polizia. Dunque l'esclusione da questa scusa non è dalla legge comminata contro il feritore, l'omicida, se non quando siasi egli reso colpevole di un altro reato, oltre quello per cui invoca la scusa, di una contravvenzione dalla quale ebbe cominciamento la rissa; il niego della scusa è in tal caso una pena sancita contro quel primo reato che diede causa a quel contrasto di sdegni, onde vennero le fatali conseguenze delle ferite o degli omicidi. Or,

(1) Decis. Corte Sup. 13 marzo 1837, causa Michele Cifuni.

(2) L. 2, Dig. XXII, de probationibus.

non si può mai applicare la pena di un fatto se il pubblico accusatore non offra limpida e chiara prova d'essere autore di quel fatto l'imputato contro cui s'invoca la pena, non si può dunque applicare la pena del negio della scusa se il Pubblico Ministero non provi che l'imputato, onde la scusa s'invoca, sia autore del reato cui va annessa quella pena, sia autore della contravvenzione che dando causa alla rissa la rende inescusabile.

Da questo principio ne conseguono due rilevanti conseguenze. La prima si è che allorché le prove addotte dall'accusatore, sull'autor della rissa, sieno deboli, vacillanti, tali che lascino l'animo dei giudici in quel dubbio il quale si esprime colla formola *non costa chi sia autore della rissa*, non può la scusa negarsi al feritore, all'omicida che abbia provato di aver ferito o ucciso nel contrasto della rissa stessa. La formola *non costa* non può importare pena alcuna perchè non distrugge la presunzione legale d'innocenza, non può dunque attirare sull'imputato la pena dell'esclusione della scusa, perchè non lo dichiara autore di quel reato contro cui quella pena è prescritta, di quel reato che, essendo causale della rissa, rende la stessa improduttiva degli effetti statuiti dall'art. 382.

Questo principio è ormai sanzionato e ritenuto per inconcusso e dalla dottrina dei Giureconsulti (1) e dalla giurisprudenza della Corte Suprema. In una causa di omicidio in rissa, la Corte del merito, dopo molte osservazioni sul fatto, avea così concluso: « Considerando che dalle premesse osservazioni risulta essere ignoto chi stato fosse l'autore della rissa — Considerando che, in forza degli art. 377 n. 4 e 382 delle leg. pen., allora l'omicidio in rissa è escusabile quando sia provato che il colpevole del medesimo non sia autore della rissa — ha dichiarato che a favore di Domenico Ruffino non concorre alcun fatto di scusa ». Avendo il condannato prodotto ricorso la Corte Suprema annullò la Decisione per i seguenti motivi: « Considerando che, non messa in dubbio la rissa, dietro la esposizione del fatto, ed elevatosi soltanto il dubbio sull'autore della stessa, la quistione versava in fatto e non in diritto — Considerando che, trattata questa quistione di fatto sull'autore della rissa, in risultamento delle molteplici

osservazioni fattesi, la Corte ne trasse per ultima conseguenza: *dunque risulta essere ignoto chi stato fosse l'autore della rissa* — Considerando che proclamato il dubbio di fatto, e riscontrato il Romano dritto, fonte d'ogni sapere legale, la risoluzione avrebbe dovuto essere favorevole all'accusato e contraria alla ragione del fisco, secondo il responso del Giureconsulto Modestino riportato nella leg. 10 Dig. de jure fisci: *Non puto delinquere eum qui in dubiis quaestionibus contra Fiscum facile respondet*. Lo stesso principio vedesi espresso nella legge 10 ff. § 1. *de rebus dubiis*; lo stesso nelle leg. 20, 155 § 2 e 192 *de regulis juris* — Considerando che l'attuale nostro Patrio Codice penale, nell'articolo 377 n. 4 riguardante la soggetta specie, non contraddice punto il sapiente principio del dritto Romano. Il legislatore quivi accorda la scusa a chi uccide in rissa di cui non sia stato egli l'autore — Considerando che essendo, dietro la pubblica discussione, rimasto indeciso chi fusse stato autor della rissa, surse di necessità il dubbio di fatto il quale non potea mai, per sano principio di diritto, risolversi contro dell'accusato — Considerando che, a prescindere da tali vedute generali di diritto, se il citato articolo nega la scusa della rissa all'autore della stessa, se la corte non ha potuto riconoscere l'autore della rissa nell'accusato Ruffino, la disposizione letterale della legge obbligava la Corte ad ammettere la scusa della rissa nella soggetta specie, appunto perchè si era ritenuto in fatto che l'omicidio si era commesso in rissa della quale non si era potuto conoscere l'autore. Considerando perciò che la G. Corte, avendo negata la scusa della rissa, in un omicidio da lei ritenuto come commesso in rissa *sol perchè non riuscì possibile di conoscersi l'autore della stessa*, si è messa in manifesta opposizione colla disposizione del n° 4 articolo 377 II. pen. (2).

La seconda conseguenza, che nasce dal principio di essere il negio della scusa di rissa una pena comminata alla colpa di averle data causa, si è che per infliggersi questa pena, per negarsi questa scusa debbasi dal giudice non solo dichiarare che il fatto, onde ebbe causa la rissa, venne dall'imputato on-

(1) Nicolini, *quint. di dritto*. tom. 3, pag. 272.

(2) *Decis. Cort. Sup.* 1 feb. 1853, causa Domenico Ruffino.

de s'invoca la scusa, ma ancora che questo fatto sia costitutivo di un reato, di una *contravvenzione* almeno. La legge reputa autore di una rissa chi la provochi non già con qualunque fatto, ma con offese o ingiurie *punitibili almeno con le pene di polizia*. Se dunque al fatto, che si ritiene come causa della rissa, non si dà la qualifica legale di reato, di *contravvenzione*; se si ritiene per causale della rissa, e quindi per cagione esclusiva della scusa, il fatto materiale senza valutare se in quel fatto concorrono o per noi i caratteri legali e gli elementi morali di reato, si viola l'art. 377 n° 4 e quindi si cade in nullità, ritenendo come operativo del niego della scusa un fatto indifferente, mentre la legge dichiara tali soltanto i fatti costitutivi di reato (1).

Se la legge dichiara che il cominciamento giuridico di una rissa non possa stare che in un fatto *punitibile almeno di pene di polizia*, richiede forse ancora che questo fatto delittuoso sia reato contro la persona o basta se sia reato contro la proprietà? Il legislatore per specificare l'atto punibile, che può ritenersi come causale di una rissa, adopera le due espressioni: *ingiuria o offesa*; che la ingiuria comprenda un reato contro la persona chiaro si rileva dagli art. 363 e 462, il primo dei quali parla di perdita o diminuzione di stima personale, il secondo tratta delle contravvenzioni contro le *persone*. Tutto il dubbio dunque si restringe al significato della parola *offesa*; ma è dei sani principj di diritto interpretare le parole della legge, come quelle dei contratti, le une per mezzo delle altre, e se nei precedenti *numeri* dello stesso articolo non si dichiara scusabile se non quell'ira che è provocata da offese contro le *persone*, non può dirsi che il legislatore abbia nella stessa disposizione, in rapporto alle stesse conseguenze legali, deviato da tale principio e ritenuto come elemento di provocazione scusante anche le offese che toccano non la persona ma la proprietà. La parola *offesa* non fu aggiunta che per comprendere quegli atti, quei gesti, quelle vie di fatto le quali non sono tanto gravi da costituir delitto, né hanno per oggetto diretto la perdita o diminuzione della stima altrui sì che possano andare sotto la parola *ingiuria*; queste

due espressioni diversano fra loro nella specie del modo come s'inferisce il reato con esse preveduto, ma non già nell'obbietto cui debba mirare questo reato. Tale obbietto deve esser lo stesso in entrambi i casi, deve essere sempre la persona; un danno alla proprietà, scompagnato da qualunque altro dolo, fatto o atto da parte del danneggiatore, non può ritenersi come causale giuridica di quella rissa che si accendesse dietro le vie di fatto del danneggiato, nè può esser di scusa alle ferite e agli omicidj che costui commettesse nel corso della rissa stessa. È questa la costante giurisprudenza della Corte Sup. di cui giova cennare qualche esempio. Un Francesco Fazzari sorprende un giovanetto che gli danneggiava un fondo ed incomincia a percuoterlo sì che accessasi una rissa lo uccide; condannato alla pena degli omicidj volontari produce ricorso, sostenendo di competergli la scusa della rissa di cui autore era stato l'ucciso *col danno recato alla sua proprietà*, ma il suo ricorso fu rigettato. Lo stesso avvenne nel caso di altro porcaro che, sorpreso in atto del danneggiamento, raccolse gli animali e lasciò fuggendo il campo; ma il padrone gli corse appresso e lo trattenne, e dopo averlo percosso, accese una rissa e lo uccise; condannato qual omicida inescusabile portò ricorso, sostenendo di competergli la scusa della rissa *causata dal danno fatto alla sua proprietà*, ma il ricorso fu rigettato; la stessa massima prevalse in moltissimi altri casi simili (2).

Dee però questo principio prendersi colle sue debite restrizioni, e non confondersi il danno materiale alla proprietà con gli atti insulti dal danneggiatore che fanno trascendere il suo reato contro la proprietà a reato contro la persona del danneggiato. Così abbiamo visto che se il danneggiatore, al danno aggiunge *minacce o vie di fatto* contro il danneggiato, e si fa ardito di voler con tali mezzi superchiare le giuste lagnanze di lui, queste *minacce o vie di fatto* costituiscono un delitto e quindi una provocazione ai sensi del n° 2 art. 377 (3). Se però questa delittuosa

(1) Decis. Corte Sup. 1834, causa Domenico Saffioti.

(2) Decis. Corte Sup. 29 ott. 1832, causa Francesco Fazzari—3 febb. 1834, causa Giuseppe Crupi—2 aprile 1834, causa Francesco Amato—7 nov. 1836, causa Nicolangelo Viscuso—30 sett. 1836, causa Santolo Romano, riportate nel vol. 3 p. 287, quist. di diritto del Comm. Nicolini.

(3) Ved. Sop. pag. 439.

haldanza non si appalesa con parole minacciose o vie di fatto, ma con atti, gesti, atteggiamenti di volto o di persona che rivelino in lui la non curanza del proprietario dell'oggetto danneggiato, che sembrino volerlo con quel cipiglio punire del risentimento mostrato per l'offesa proprietà, allora se da questi atti non si ha un delitto, si ha certamente una contravvenzione, ai termini del n° 5 art. 462, la quale fa ritenere il *danneggiante come autore* di quella rissa che fosse divampata fra i protervi di lui detti e le legittime querele del danneggiato. In questo senso il Cavalier Nicolini in una sua requisitoria diceva: Se il ladro o danneggiatore all'avvedersi del padrone gli chiede scusa o sen fugge, è evidente che egli non mirò che al suo profitto né ebbe intenzione di oltraggiar la persona. Questo reato dunque non può dirsi mai cominciamento di rissa, né il ladro o danneggiatore così raumiliato, può pel solo fatto del danno o del furto dirsi l'autore. Ma se egli ritiene la cosa rubata in faccia al padrone e gliela contrasta, e rimane, e quindi perché l'altro difende con calore le cose sue al danno aggiunge l'oltraggio e l'uccide, chi è che può sostenere non aver egli eccitata la rissa con offese alla persona, e doverglisi accordare la scusa? Il danneggiare un campo volontariamente, sotto gli occhi del padrone che lo stà attualmente coltivando o guardando, come rubargli per forza, o anche involargli destramente danari o altri oggetti che ha presso di se ed attaccati alla sua persona, è un reato misto di offesa alla proprietà e di offesa alla persona. Se costui allora se ne risente e ne nasce una rissa, quell'offesa ci dice principio, ella è un'offesa personale. Così, io accortomi del furto del mio falzoletto o della mia borsa, se mi volgo contro del ladro e ne impedisco l'involamento e conclamo, o lo inseguo, ed egli si ferma e ne nasce una rissa. benché senza alcun reato dalla sua parte che sia punibile almeno di pena di polizia, il principio o della briga è in un suo reato contro la persona, il quale secondo le circostanze può essere anche delitto o misfatto e darmi una scusa più forte che non è quella della rissa. In questo senso si è svariato volte pronunciata la Corte Suprema (1).

Dal perchè la legge accorda la scusa del n. 4 dell'articolo 377 agli omicidi commessi in rissa, di cui il colpevole non sia l'autore, ne siegue forse che questa sola scusa debba valutarsi a prò del colpevole, quantunque il corso della rissa presenti in suo favore altra provocazione di misfatto o delitto? Tale conseguenza sarebbe in manifesta contraddizione coi principi onde le scuse furono dettate. I gradi di scusa, statuiti nei *quattro numeri* dell'art. 377, non sono che la espressione giuridica dell'attenuamento di dolo, decrescente nel colpevole a misura che cresce la gravità di quelle provocazioni. Chi si muove e uccide spinto dal dolore di una percossa grave è in minor dolo di chi offende provocato da offese lievi, e questi men colpevole di chi delinque nel concitamento di una rissa. Or, sarebbe certamente un assurdo accordare soltanto la scusa del n° 4 a chi feticce o uccide e per l'offuscamento degli sdegni di una rissa e pel dolore delle percosse ricevute, a chi avrebbe la scusa del n° 1 o 2 quando anche non concorresse in suo disgravio che una sola causa di attenuamento, la sola provocazione per misfatto o delitto. La scusa più lieve non può assorbire la scusa più grave, poichè gli sdegni di una rissa non rischiarano ma offuscano la ragione dei riscanti, non li rendono più sofferenti delle percosse o ferite, che per avventura ricevessero nel corso della stessa, ma più correvi alla vendetta. Il legislatore ha collocata in ultimo luogo la scusa di rissa supponendo che, tra il reato onde essa ha cominciamento e quello che le dà fine, non vi sieno altri reati intermedi costitutivi di più grave provocazione; ma quando il fatto presenta, oltre gli sdegni della semplice contesa di parole, una contesa di violenze fisiche, quando la ferita o l'omicidio trovasi non solo commesso nella irreflessione del calore della rissa ma provocato da percossa o ferita o altro misfatto o delitto, allora non si è più nella ipotesi del n° 4 ma in quella del n° 1 o 2, perchè si ha appunto la provocazione in questi numeri preveduta; né vi è articolo di legge che distrugga la forza legale dei fatti contemplati nelle tre prime parti dell'art. 377, che li dichiari di nessun effetto quando avvengano nel corso di una rissa.

Tale dottrina trovasi proclamata dalla Corte Suprema con le seguenti considerazioni: « Sul mezzo di annullamento relativo alla reclamata scusa della provocazione per delitti

(1) Decis. Cort. Sup. 27 agosto 1837, causa Paolo Talia; — 9 giugno 1834. causa Angelo Fiorito.

to non esaminata — Considerando, che arrestato ed interrogato tre giorni dopo il fatto il ricorrente, al dir della Corte, fu riconosciuta sulla di lui gola sinistra una lieve ferita contusa, ed a parte destra della falda del cappello fu osservata una lesione prodotta da strumento pungente tagliente; — che anche, al dire della Corte, il ricorrente dedusse di aver ferito il fratello dietro di essere stato provocato; che la medesima ritenne di essersi con posizione a discarico maggiormente avvalorata la prova dei fatti in ordine alla briga, causate di essa e provocazione; — che intanto la Corte stessa, senza proporsi alcuna questione nè sulla scusante da poter avere luogo nè sulla qualità della scusante, ammise senza alcuna considerazione la scusa della rissa non *incariandosi più della provocazione ritenuta come allegata e provata*, quindi violazione degli articoli 327, 383 e 330 p. 1. e del n. 2 art. 377 e 380 II. p. (1). — Ed altra volta la stessa Corte dichiarava: « Se la rissa fino alla percossa e ferita non presentò, come dice la G. Corte, alcun atto che costituisca reato, l'accollamento punibile comincia certo dalla percossa, e tutto ciò che ne conseguì non potea riputarsi che come conseguenza di quest'atto e ad esso proporzionarsi il beneficio della scusante (2). »

Ma può dirsi lo stesso se chi invoca la scusa del n. 1° o 2° per le ferite e gli omicidj commessi in rissa sia stato egli autore della stessa. Ad esempio, Cajo accende briga con Tizio con una ingiuria costitutiva di semplice contravvenzione, Tizio nel calor della briga lo ferisce e la ferita è da Cajo vendicata con un colpo mortale, qual norma seguire per valutar la scusa nell'interesse di Cajo uccisore? Se si volesse guardare il solo fatto della rissa, se non riguardo si volesse avere delle percosse o ferite che il provocato in rissa avesse date al suo uccisore, niuna scusa potrebbe competere all'omicida perchè egli avrebbe ucciso nella rissa di cui fu autore. Ma tale sistemata sarebbe contrario ed allo spirito ed alla lettera della legge; il n. 4 dell'art. 377 non prevede, come abbiain detto, che la ipotesi di una semplice rissa nella quale non vi

sieno altri reati che la contravvenzione onde ha cominciato ed il reato di sangue che le dà fine. Allora non si ha altro fatto di scusa che quello preveduto dal n. 4: chi dunque diede causa alla rissa, e poi a questo primo fallo aggiunge il secondo delle ferite o dell'omicidio, non può trarre giovamento dal bollor degli sdegni della rissa stessa, perchè quello sdegno è ingiusto, essendo conseguenza del proprio fatto, perchè non può il primo reato valergli di scusa pel secondo.

Ma quando a questo secondo reato egli sia stato spinto da ferite o percosse ricevute dall'avversario, come da causa prossima ed immediata senza la quale non sarebbe deviato dagli atti propri di una pura rissa, allora si è nel caso della provocazione preveduta nei numeri 1° e 2° dell'art. 377, e quindi sotto questo rapporto debb'essere la scusa disamiata nel suo interesse. La sua prima offesa, se era valevole a dar causa ad una briga, non era di tanta gravazza da meritare la risposta di atroci vie di fatto; queste dunque non possono dirsi conseguenza del suo primo fallo, ma eccesso delittuoso di chi le commette. Ed in vero, chi ricambia la provocazione della rissa con percosse o ferite è scusabile ma non giustificato agli occhi della legge; la provocazione della rissa se attenua la pena non cancella la reità delle vie di fatto cui egli si abbandona, segno certo che queste vie di fatto, a malgrado dell'attenuazione della pena, continuano a serbar l'impronta di reato a suo carico; con questo reato, che risulta dall'eccesso della sua reazione, egli si rende da suo canto aggressore del provocator della rissa, e gli dà giusto motivo di scusa per l'omicidio cui lo trascinasse il dolore di quella inattesa ed esorbitante reazione. E per fermo, sentirebbe di somma ingiustizia la massima che condannasse il provocatore di una semplice rissa a tollerare con impassibile sofferenza qualunque atrocità gli venisse dal suo avversario, a non poter usare del diritto di difesa se, per la colpa di lieve contravvenzione, il corrissante lo mettesse in pericolo di vita; a rispettare, con le braccia incrociate, tutti gli eccessi cui si abbandonasse il suo poro offeso nimico. Se egli fu reo di una imprudenza e non d'altro nel cominciare la rissa, se per tutto il corso della stessa si contenne nei limiti di semplice contrasto di parole, se non si spinse a ferire e uccidere che in vista del sangue grondantegli per le ferite ricevute

(1) Decis. Cort. Sup. 30 nov. 1835, causa Vito Sepe.

(2) Decis. Corte Sup. 30 nov. 1835, causa Marzio Serra e Francesco Ferrara.

dall'avversario, i colpi che allora gli escono di mano non sono propriamente conseguenza della rissa da lui causata, ma difesa e vendetta opposta alle smodate violenze dell'avversario; se dunque egli ha delinquito non pel calore della rissa, cui dava origine, ma per l'impeto di una provocazione per percosse o ferite venutegli dal suo nimico, non gli si può negare, per la causale della rissa che fu di nessuna influenza al suo fatto, quella scusa cui può portare la reità di quella provocazione che lo spinse al sangue del provocante.

Ma quale sarà il grado di questa scusa, quale la diminuzione di pena cui può essa portare? La giurisprudenza ha con una massima costante proporzionato il grado di tale scusa al grado di reità che rimane nella reazione del provocato in rissa, dopo valutato l'attenuamento dovuto per la scusa della rissa stessa di cui egli non fu autore (1). In conseguenza di questa massima la prima disamina, cui dee procedere la Corte del merito, stà in vedere qual pena meriterebbe l'ucciso per le percosse o ferite in lui provocate dalla rissa e con le quali avesse egli provocato l'omicidio in sua persona; se questa pena, malgrado l'attenuamento della scusa della rissa, continuasse a serbare i caratteri di misfatto, la scusa dovuta all'autore della rissa, ed uccisore provocato da quelle percosse, sarebbe di provocazione per misfatto; se la pena di quelle percosse o ferite scusate dalla rissa risultasse di carattere correzionale, allora il provocator della rissa si troverebbe d'esser stato provocato all'omicidio del suo avversario con semplice delitto; ma se quelle percosse o ferite fossero state sì lievi da ridursi, per l'attenuazione della rissa, a pene di polizia, allora non potrebbero valere di scusa alcuna all'omicida, perchè la rissa avrebbe continuato a mantenersi nel suo originario carattere di semplice scambio di offese costituenti semplici contravvenzioni; non vi sarebbe provocazione per misfatto o delitto ma un corso di pura rissa, ed essendo l'omicida autore della stessa non potrebbe meritare scusa alcuna. Ma l'esclusione della scusa sarebbe in questo caso motivata non dall'esser stato egli autore della rissa, ma dal non aver avuto nelle vie di fatto

dell'avversario una provocazione per misfatto o delitto; quindi non gli si può, senza incorrere in nullità, negare la scusa senza disaminare la gravezza della reazione del provocato in rissa ed ucciso, senza dichiarare che l'eccesso di quella reazione non costituirebbe che una semplice contravvenzione di polizia (2).

Si è fin qui riguardata la scusa della rissa nel solo rapporto di coloro fra i quali abbia avuto cominciamento; ma se in una brigata fervente fra due o più si mescola altri e ferisce o uccide, o è ferito o ucciso, qual norma seguire per l'applicazione della scusa? Gli svariati casi che possono presentarsi sotto questo punto di controversia non vanno retamente risolti che mercè qualche distinzione. Se chi si mescola fra due rissanti è animato da sentimenti di pace, si muove non per aggiungere esca all'incendio degli sdegni, ma per sedarli, ma per comporre gli inconsiderati moti della contesa, egli non può riguardarsi come parte della rissa, non può esser confuso il suo carattere di paciere con quello di rissante; quindi le ferite o l'omicidio commesso in sua persona non merita scusa alcuna, ancorchè venga da chi non sia stato autore della rissa. Invano questi mette innanzi il bollore dello sdegno che nel tumulto della rissa gli offuscava l'intelletto; non basta per la scusa che vi sia l'avventatezza dell'ira ma è necessario che quest'ira non sia ingiusta: *in iratis et exasperantibus non tam iram spectamus quam causam utrum iustus dolor sit* (3); e certamente ingiusto era lo sdegno contro chi non gli avea recata nessuna offesa nè di mano nè di lingua, contro chi gli apportava pace non già minacce o timori di più gravi ostilità. Nel rapporto del rissante uccisore o feritore e quel paciere ucciso o ferito non vi sarebbe in questo caso rissa alcuna, quindi mancherebbe il fatto materiale che costituisce il primo elemento della scusa del n. 4 dell'articolo 377 (4). Se, per contrario, l'amichevole interesse dell'onesto pacificatore fosse dai rissanti ricambiato con accenti d'ira, con parole ingiuriose, sicchè

(1) Decis. Corte Sup. 18 sett. 1833, causa Luca Simone — 13 gen. 1834, causa Nicola Catalfano — 20 luglio 1836, causa Giuseppe Rantelli.

(2) Decis. Corte Sup. 9 luglio 1832, causa Giovanni Coletta; — 30 nov. 1839, causa Francesco Mantone.

(3) Anton Maltei, de crim. lib. 48 Dig. cap. III tit. V. n.º 9.

(4) Dec. s. Cort. Sup. 30 agosto 1835, causa Luigi Rantelli.

venisse, suo malgrado, tratto a prender parte attiva in quella rissa che egli aveva amato di sedare, e nel concitamento degli sdegni della briga avesse egli ferito o ucciso, si troverebbe di aver ferito o ucciso in una rissa di cui non era autore, quindi avrebbe in suo disgravio il fatto della scusa del ripetuto n° 4 dell'articolo 377 (1).

Ma se, mentre ferveva fra altri una rissa, vi si fosse un terzo frammischiato, non colla lodevol mira di metter pace, ma con animo ostile, e senza riportar dai rissanti offesa o ingiuria che lo accomunassero nell'altercazione, che lo travolgesse nel fervente vortice dell'urto e riuoto della briga, uccidesse o ferisse, niuna scusa potrebbe questi ripetere da una rissa che gli era estranea; egli non avrebbe delinquito nell'offuscamento degli sdegni di una rissa, poichè la rissa era fra altri non già con lui.

Ma che diremo se chi ostilmente si mescola in una rissa vi sia trascinato dall'irresistibile sentimento di accorrere in aiuto di chi gli è congiunto con vincoli di sangue? Così, un fratello accorre in aiuto del fratello impegnato in una rissa, e, senza essere egli personalmente offeso, ferisce o uccide l'altro rissante, quale scusa gli è mai dovuta? Il dubbio non è di difficile soluzione; l'art. 378 è comune a tutti i quattro numeri dell'art. 377, e quindi anche in fatto di rissa valevole a comunicare al fratello vendicatore la scusa competente al fratello vendicato. Eppur, se l'altercazione continui nelle sembianze di semplice contrasto di parole ed il suo fratello sia autor della rissa; o se questi, autor della rissa, sia passato a vie di fatto contro l'altro rissante e lo opprima con percosse o ferite quando il terzo accorre a ferire o uccidere, niuna scusa può questi aver partecipata dalla rissa del fratello, perchè niuna potrebbe a quello competere essendo egli l'autor della rissa, essendo non offeso ma offensore. Così decideva la Corte Sup. con le seguenti considerazioni: « Considerando che, secondo il fatto ritenuto dallo stesso Giudice, l'imputato Ferdinando Giannico fu il primo ad animar la briga con le minacce che profferì contro Marra nonchè con le varie percosse che gli diede; quindi niuna scusa competendo ad esso Giannico, come in

effetti niuna gli è stata concessa, è manifesto che niuna poteva sorgere dalla rissa medesima in favore di Giuseppe Giannico, padre del Ferdinando, giacchè non si può comunicare ad altri un beneficio che non si ha (2). »

Ma se il fratello, in cui aiuto accorre l'altro fratello uccisore, non fosse autor della rissa, o se, la lieve contravvenzione con cui avesse egli dato cominciamento alla briga, fosse dall'avversario ricambiata con percosse o ferite, allora non potrebbe esser certamente dichiarato *inescusabile* l'omicidio che il vindice fratello commettesse in difesa della vita, in vendetta del sangue del fratello rissante. Dappoichè, nel primo caso non essendo questi autor della rissa gli competerebbe senza dubbio la scusa del n° 4, e di essa dovrebbe partecipare il suo congiunto. E nella seconda ipotesi, avendo la rissa cangiata natura, non trovandosi più la contesa in altercazione di parole ma in provocazione di ferite o percosse, la disamina della scusa dovrebbe versare non più sul numero 4 ma su i numeri 1° e 2° dell'art. 377 (3), perciocchè il rimbalzo dello sdegno dell'uccisore sarebbe stato allora provocato dalle ferite o percosse onde vedea sanguinante il fratello, dal pericolo di vita in cui lo vedea condotto per l'aggressione del puntiglioso e superchieria avversario. Da qualunque banda fosse venuta la causale della rissa, la sua scusa non potrebbe esser punto modificata; egli giunse in tempo che non più rissa ma superchieria da una parte, sangue grondante dall'altra si offrivano a' suoi sguardi, e nell'offuscamento del dolore che gli eccitava questa vista non potea certamente avere l'agio ed il senno d'indagare, per proporzarvi le sue offese, quelle prove d. fatto, quelle distinzioni di diritto che sono necessarie per rilevare il vero autore di una rissa e che spesso sfuggono alle stesse tranquille e replicate indagini del magistrato (4).

Oltre i fatti sensibili e le cagioni scusanti di cui è parola negli art. 377 e 388, le leggi penali delle Due Sicilie hanno rivolto uno

(2) Decis. Cor. Sup. 7 Dic. 1835, causa Giuseppe Giannico.

(3) Ved. sopra, pag. 450.

(4) Decis. Corte Sup. 8 agosto 1835, causa Domenico de Martinis; (Nicolini quist. di dir. vol. 3 pag. 303).

(1) Decis. Corte Sup. 26 sett. 1835, causa Francesco d' Arena.

sguardo di commiserazione ed attenuata la pena ad un altro reato, all'*infanticidio* commesso per *cagion d'onore*. V'ha spesso dei casi in cui l'istinto del materno affetto trovasi in sì dilaniante contrasto coll'istinto della conservazione dell'onore, che la misera, a cui sguardi si dipinge nell'illecito frutto de' suoi improvvidi amori una vita di perenne infamia, trovasi forse in ben maggiore offuscamento di ragione, in più titubante paralisi di senno, che non l'è chi sia provocato da percosse o ferite. Se costei, in tale lacerabile stato, in quella quasi momentanea demenza, in cui è travolta dai dolori del parto e dai vagiti del neonato, che le sono ad un tempo ardenti fiamme di affetto e di rossore, quasi inconscia dal proprio fatto seppellisce nella morte del figlio il segreto della sua mal guardata pudicizia, non scende forse nella coscienza universale una voce che la dice men colpevole dell'assassino, men rea di chi uccide con piena con rischiarata volontà? Atroce senza dubbio è il delitto ma non atroce l'animo che l'ha commesso; fu una fatale, ineluttabile necessità che la trabalzava tra l'omicidio e l'irreparabile disonore; non la morte che dava ma l'onore che salvava erale innanzi gli occhi in quel momento, se uccisse fu più per moto meccanico che per volontario consiglio. L'intera pena del reato sarebbe in questo caso ben superflua per la espiazione, poichè pena più terribile d'ogni castigo legale fu per lei lo stesso atto del delitto, la stessa vista degli ameliti di morte onde il bambolo palpitava sotto la sua mano omicida. Sarebbe non necessaria per l'esempio e per la prevenzione, perciocchè in chi è trascinata a questo estremo dal sentimento dell'onore non è spento ogni senso di virtù, non v'ha germe di gran malvagità che la balestri alla china della via dei misfatti. Questa voce di ragion morale e di ragion politica dettava alla legge l'art. 387 così conceputo: « Nell'infanticidio la pena di morte discenderà al terzo grado dei ferri nel solo caso in cui sia stato diretto ad occultare per *cagion d'onore* una prole illegittima ».

Dai termini di questo articolo e dai motivi onde fu dettato si rilevano chiaramente le condizioni necessarie per portare a quell'attenuamento di pena; esse sono 1° che il reato abbia i caratteri d'*infanticidio*; 2° che abbia avuto per *sola cagione l'onore*; 3° che la uccisione cada sopra una prole illegittima.

La legge dichiara *infanticidio* l'omicidio vo-

lontario commesso in persona di un fanciullo di recente nato e non ancora battezzato o iscritto su i registri dello stato civile. Se nel caso in esame mancano questi caratteri non si è più nella ipotesi dell'articolo, non vi può essere attenuamento di pena. Ed in vero, ove siesi nella puerpera calmato quel trambusto in che aveala travolta la prima vista del minumento del suo disonore; ove il battesimo, la iscrizione nei registri dello stato civile, la stessa prolungata vita del bambino avessero tradito il mal celato segreto, il reato non si offrirebbe più come commesso in quell'offuscamento di ragione che la legge presume nella lotta dei dolori, degli affetti e del rossore del parto. Quella morte non si presenterebbe più come effetto di un irresistibile sentimento di onore; mostrerebbe che questo sentimento aveva ceduto al dovere, tollerando nei vagiti del figlio un loquace testimone della vergogna della madre. Non potrebbe dirsi che il misfatto fu diretto ad occultare le prole, poichè i prolungati giorni di sua vita aveanla già fatta palese. La prima disamina dunque alla quale si debbe dal giudice procedere. il primo fatto a rifermare nella decisione con cui vuolsi concedere questa scusa stà appunto nel verificare tra gli elementi del reato e dichiarare in quella morte i caratteri legali d'*infanticidio*.

Il secondo requisito della scusa si è che tale *infanticidio* abbia avuto per *sola cagione l'onore*. Ma come rilevare le interne cause che abbian potuto muovere l'animo della delinquente, come discernere l'impulso dell'onore da altre più vili, più basse passioni che abbian potuto frammischiarvisi? Sarebbe questa una indagine psicologica d'insuperabile difficoltà, se i termini dell'articolo non offrissero in due segni materiali due sicure norme per tale valutazione; queste sono: il grado di stima che la puerpera godea in fatto di pudicizia, la necessità di non poter salvare altrimenti questa stima che col reato. E per fermo, se la donna infanticida fosse già in voce d'impudica, se avesse fatto pompa della sua vergognosa gravidanza, se, usa ad esser larga della sua persona, non vedesse in quel fetto che l'atteso frutto delle sue sfrenate lascivie, invano verrebbe ad addurre per causa del suo misfatto quella voce di onore cui il suo cuore era ormai diventato insensibile, invano direbbe di non aver voluto che tergere dalla sua stima quella macchia, mentre non quella sola ma mille altre vi avean impresse

le sozzure di sua vita. La legge volle commiserare il solo sentimento di onore, e questo non può presumersi se non in colei che di fama immacolata avesse per qualche fatale momento d'imprudenza, per un istante d'incauta debolezza, macchiato con un fallo, forse mille volte maledetto, la castità di una vita fino allora intemerata.

Ma ciò non basta; l'infanticidio debb'esser diretto ad occultare il parto illecito. Se dunque questa occultazione poteva ottenersi con altri mezzi, se il luogo in cui il parto era avvenuto, se la gente onde la puerpera era circondata offrivano in qualche asilo non difficile scampo e all'onore della madre e alla vita del figlio, invano si chiederebbe quella scusa che la legge largisce al solo smarrimento di senno, in cui è travolta chi si trova nel fatale, inevitabile bivio o d'essere omicida o di rimanere disonorata. È dunque nei doveri del giudice stabilire nei fatti della decisione, con cui si accorda la scusa, le prove ed il concetto morale di questa ineluttabile necessità, altrimenti vi sarebbe difetto di motivazione.

Il terzo requisito della scusa in esame si è la *illegittimità* della prole cui si dà morte; è questa una condizione così insciserata al motivo, onde la scusa fu dettata, che la sua mancanza renderebbe oziosa ogni altra disamina sull'invocato attenuamento di pena. E per fermo, invano direbbe d'esser stata spinta da cagion di onore quella madre che desse morte ad una prole avuta da legittimo matrimonio, poichè l'onore dei parti è sempre al sicuro sotto l'usbergo delle solennità nuziali. Ma se questa moglie partorisce in uno dei casi nei quali l'art. 234 fl. cc. dà diritto al marito di non riconoscere per suo figlio quello nato dalla propria moglie; se per celare all'offeso conjugé quell'irrefragabile prova della sua infedeltà uccidesse il neonato, potrebbe mai invocare la scusa dell'articolo in esame? Pare che l'affermativa non ammetta obiezioni quando nel fatto concorrono gli altri due requisiti finora discorsi.

Ed in vero, non sarebbero forse in questo caso più dilanianti quei tumulti d'animo, più cieco quell'offuscamento di senno, che si potrebbero, in simigliante sventura, commiserare in una nubile o in una vedova? Se per queste scendeva potente nel cuore la voce della vergogna e del timore dell'onta, più irresistibile dovea certamente scendere questa voce nell'animo di quella, perchè per lei mag-

giore il disonore della tradita fede conjugale; perchè innanzi a suoi occhi si appresentavano, di unita allo scherno del pubblico obbrobrio, le furie della vendetta dell'offeso marito. È vero che, nell'atto in cui fu uccisa, la prole non aveva le apparenze d'*illegittima*, ma però aveva, nel miglior giudice di questo fatto, nella coscienza della madre, quel nome e quella realtà vergognosa che disvelata la coprirebbe d'infamia; offriva, nella permissione conceduta dalla legge d'impugnare quel parto, il timore di veder strappato il velo delle nozze, e messa così in mostra la turpezza del fallo e la illegittimità del suo frutto. La legge ha adoperate le espressioni *prole illegittima*, ma non è distinto se questa illegittimità debba esser certezza legale, sin dall'atto stesso in cui si commette l'infanticidio, o se basti che possa dichiararsi tale dalla pronunziamento del magistrato. Se illegittima è la prole nata fuori del matrimonio, illegittima è ancora quella che, sebbene nata da una moglie, pure può essere ed è dichiarata estranea al marito di lei. Niuna differenza legale havvi fra le due illegittimità, se la seconda abbisogna di una dichiarazione giudiziaria, non è questa che le imprime la nota di obbrobrio; questa dichiarazione non fa che proclamare qual fosse il fatto nella sua origine, aclarare quella illegittimità di concepimento, che straziando la coscienza della madre la spingeva al misfatto.

Si è finora discorsa la scusa preveduta dall'art. 378 nel solo rapporto dell'infanticidio commesso dalla madre sul proprio figlio; ma dee forse la scusa di tal reato limitarsi a questo solo caso? pare che il testo dell'articolo si opponga a tale restrizione. Ed invero, esso parla in termini generali, non specifica persona alcuna, altro non richiede se non che il corpo del delitto sia un *infanticidio*, che la sua causale sia stata il desiderio della salvezza dell'onore. Se, come si è opinato da Canot, la imputazione d'infanticidio non potesse aver vita che pei genitori dell'ucciso neonato, allora, siccome esclusivo sarebbe per la madre l'aggravamento della pena, ed esclusivo per lei il fatto materiale, cui la scusa va annessa, così esclusivamente a lei dovrebbero restringersi le conseguenze della scusa stessa. Ma all'accusa d'infanticidio, giusta i termini generali dell'art. 349, va soggetto chiunque abbia ucciso un fanciullo di recente nato, sia questi il padre, la madre o altro congiunto

della vittima, sia pure un estraneo. Il legislatore, elevando alla morte la pena dell'infanticidio, non volle colpire la qualità personale dell'infanticida, ma ben vero garantire col l' esasperamento di pena la debole vita del neonato dagli attentati di chiunque; in conseguenza, chiunque alza la mano omicida contro un essere capace non ad eccitar sdegni ma solo ad ispirar pietà va compreso nella imputazione e nell'estremo supplizio dell'infanticidio; costante è in ciò la dottrina dei dottori e della giurisprudenza (1).

Se dunque il fatto materiale della scusa, espresso con la parola *infanticidio*, non può riferirsi alla sola madre, non potrà in questo requisito vedersi una restrizione alla sola persona di lei. Molto meno può tale restrizione trovarsi nel requisito morale della causa ammessa come scusante; la legge non dice: per *cagione del proprio onore*, sì che debba guardarsi la sola ansia di occultare l'onta che l'infanticida si comprava coi propri falli, ma dice in termini generali: per *cagion di onore*, segno evidente d'aver voluto largire la scusa ogni qualvolta questo reato non avesse avuto altra causale che un imperioso, irresistibile impulso di tale sentimento. Tutta dunque la quistione si riduce ad indagini, a valutazione di fatti; si restringe a vedere se chi invoca questa scusa poteva sentire sì forte l'onta dell' illecito parto da offuscarsi nella scelta dei mezzi di cancellarne le tracce, se realmente abbia delinquito sotto il solo impulso di questo sentimento. Or, chi può negare che il disonore ridonante da immaturo parto di una donzella non sia comune e al suo padre e alla sua madre e ai suoi fratelli? chi può negare che non possa ciascuno di questi individui trovarsi, per simile sventura, in pari trambusto di animo che la puerpera, palpitare al par di lei dal timore di veder propalato il disonore della casa? chi può dire che costoro, ancorchè d'animo il più pietoso, il più aborrente dai delitti non possano trovarsi in quell' offuscamento di ragione che la legge commiserava nell'infanticida messa tra l'inevitabile bivio o di macchiarsi di sangue o di rimaner macchiato d'infamia? Come negare ad essi una scusa, concessa in termini generali al fatto che abbia avuto per sola cau-

sale una *cagion di onore*, se le prove rilevano a lor favore tutti gli altri requisiti di quella scusa, se dimostrino non essersi questi spinti al reato che per vero, per sentito sentimento di onore di famiglia, pella imperiosa necessità di salvare con quella morte l'onore della figlia o della sorella? A noi pare che non si possa andare, in questi casi, alla sentenza del rigore senza violare il testo della legge che è generale per tutti, che non guarda le persone ma il fatto, senza costringere i giudici a mettere il loro giudizio in contraddizione con la loro coscienza, la quale può spesso trovare in tali delinquenti una reità cui l'estremo supplizio sia esorbitante, cui sia stato di causale la sola *causale scusante* preveduta dalla legge.

Dai termini generali dell'articolo, i quali riflettono il solo fatto del delitto e non la persona del delinquente, a noi pare che ne conseguiti non potersi questa scusa negare anche agli estranei, i quali siensi resi complici dell'infanticidio non per interesse personale, non per ferità di animo, non per la criminosa indifferenza al sangue, ma pel solo motivo dall'articolo preveduto. Suppongasì, ad esempio, una vecchia fantesca, tenera del decoro della casa al cui servizio ha imbiancato i capelli, tenera della stima d'una donzella che essa vide nascere in questa casa, che si crebbe in suo grembo; s'immagini questa donna palpitare alla vista dei palpiti e delle angosce d'un illecito parto di quella fanciulla, ed alle lagrime e alle preghiere di lei che le chiede aiuto affannarsi a trovar mezzo onde mettere al coperto col suo onore quello della intera famiglia; si supponga che nel trambusto di sì angosciosa cura vegga in un vicino calpestio il testimone di tanta vergogna, e, cedendo alla pietà che le ispira la disperazione della puerpera, si renda complice di lei nell'atto estremo con cui si nasconde con la morte la prova del disonore, chi è che possa dire coscenziosamente non meritar questa donna commiserazione alcuna? Se essa non fu spinta da altro impulso che dall'ansia di occultare per cagion di onore quella prole illegittima, pare non le si possa negare la conseguenza di quella scusa che è inviscerata al fatto di cui quella è dichiarata colpevole.

Ma che dirassi, se il misfatto venga da mano di uno inarito in uno dei casi in cui la legge gli permette di non riconoscere per sua la prole avuta da sua moglie? Pare che l'affermativa non possa avere altra obbiezione se

(1) Ved. sopra pag. 74.

non quella che abbiamo sopra disaminata in rapporto alla moglie, la quale si renda infanticida in caso simile, la obbiezione delle apparenze di legittimità nella prole uccisa. Non possiamo dunque altro aggiungere a tal proposito; questa apparenza non può vincerla su la realtà che parla al a coscienza del marito, non può vincerla su la pubblica opinione la quale, spingendosi oltre alla presunzione delle *giuste nozze*, non può non vedere un figlio illegittimo in quello che nasce ad una moglie in lontana e prolungata assenza di suo marito; da ultimo, questa apparenza può essere distrutta, ed ove lo sia ad istanza dell'infanticida marito, allora si troverà egli, se sono provati gli altri requisiti della scusa, nei precisi termini dell'articolo, cioè, di aver dato morte ad una prole illegittima.

Nè vale opporre che avendogli la legge concesso il diritto di non riconoscere per sua quella prole, non possa pretendere diritto alla scusa se, invece della via legale, usa del mezzo criminoso per disfarsi della stessa. Tra la facoltà concessa dall'articolo 234 ll. cc. e la scusa statuita nell'art. 387 ll. p. vi passa molta differenza; la prima mira a mettere in salvo gl'interessi pecuniari, la seconda tocca interessi morali, la salvezza dell'onore; sostituire la prima alla seconda sarebbe un distruggere la intima essenza di questa, perciocchè la pubblicità di un giudizio di non riconoscimento non nasconde ma propala le prove di quel disonore alla cui occultazione fu dalla legge largita la scusa.

Un'ultima osservazione generale e mettiam fine al commento dell'art. 378. Il legislatore ha stabilito il principio di questa scusa in termini generali, senza riguardi di casi o di persone, ma della sola causale che ha spinto al reato e della necessaria, inevitabile forza di essa. E dei giudici mostrarsi cosenziosi interpreti di questa volontà legislativa, e serbare l'attenuamento di pena a quei soli casi in cui il reato si presenti realmente come effetto necessario del sentimento di mettere in salvo l'onore; ma in qualunque persona, in qualunque congiuntura si trovi essere stato il solo impulso di questo sentimento la cagione del misfatto, l'attenuazione della pena diventa un atto d'imperiosa giustizia. Che se a taluno saprà di rilasciatezza questa nostra interpretazione, gli rispondiamo che si metta innanzi gli occhi quella madre, quel fratello, quel marito, quella fantesca, spinti al delitto

quasi per forza irresistibile delle tristi congiunture in cui li abbiām supposti; che a canto a loro collochi un avido congiunto, il quale uccide per disfarsi di un inatteso coerede, una serva venale che vende il suo braccio alla crudeltà della sua snaturata padrona per liberarla dai fastidi delle materne cure e lasciarle libero calle a nuove prostituzioni, un feroce omicida che spegne nel neonato l'ultimo rampollo di odiata stirpe; che miri tutti questi individui condotti allo stesso patibolo, e poi dica sinceramente che niuna voce s'alza nella sua coscienza a riprovare quel pareggiamento di pena, a proclamare esorbitante pei primi l'ultimo supplizio meritato dai secondi.

Dalle scuse finora discorse la legge esclude tutti gli omicidi contemplati nell'art. 352, fra i quali è compreso il parricidio; esclude ancora l'omicidio commesso in persona del proprio conjuge, menochè nei casi di provocazione per ferite o percosse gravi. Tutti questi omicidi, ove se n' eccettui il parricidio e il conjugicidio, non possono presentare, sia a riguardo dei mezzi adoperati per commetterli, sia a riguardo delle persone sulle quali si commettono, quell'aberrazione d'ira bollente, quei fatti di provocanti offese che sono gli elementi delle scuse (1). E se questa impossibilità di provocazione non può vedersi nel parricidio e nel conjugicidio; se può il padre o il conjuge farsi reo di provocante offesa verso il figlio e l'altro conjuge, la legge reputa tanto sacri i doveri di rispetto e di amore, che legano fra loro questi individui, da negar loro ogni compatimento se non sieno stati valevoli a farli abborrire dal sangue.

Qui si elevano a loro riguardo due questioni. La prima stà in vedere: se vale la eccezione della scusa quando il parricidio o il conjugicidio sia effetto di ferite o percosse date nel solo fine di ferire o percuotere, ai termini dell'art. 362; la seconda versa in co-

(1) L'art. 35a contempla i seguenti misfatti: il parricidio; 2. il veneficio; 3. l'infanticidio; 4. l'omicidio premeditato; 5. l'omicidio in persona di chi non è l'offensore dell'omicida, per vendicare un'offesa da altri ricevuta; 6. l'omicidio che abbia per oggetto l'impunità o la soppressione delle prove di un reato, o la facilitazione di un altro reato benchè l'oggetto non se ne sia ottenuto; 7. l'omicidio per altrui mandato, sia mercenario, sia gratuito.

noscere se regga la esclusione della scusa anche nel caso che il figlio uccida il padre, sorpreso in flagranza di adulterio con la di lui moglie, se l'articolo 388 sia o pur nò di eccezione all'articolo 385.

Quanto alla prima, abbiamo già visto nella precedente appendice (1) che vi ha nella realtà morale molta differenza tra l'omicidio propriamente detto *volontario*, e la morte che avvenga da percosse o ferite date senza intenzione di uccidere, poichè nel primo caso la morte è effetto tutto voluto dal delinquente, nel secondo è conseguenza non voluta da chi feriva non per uccidere ma per ferire semplicemente. Questa differenza è segnata dalla stessa legge la quale, in quest'ultimo caso, prescrive la pena ma non dà la qualifica di omicidio. Or, giusta la definizione degli articoli 348 e 383, non può chiamarsi *parricidio* o *congiucidio* che l'omicidio *volontario* commesso in persona dei genitori o del coniuge. Se questi soli furono esclusi dalle scuse, ne conseguita potersi dire non esser nella esclusione compresa la morte derivante non da ferita data per uccidere, e costituente perciò l'omicidio *volontario*, ma da ferita o percossa che portò ad un effetto non voluto dal delinquente, e che perciò non disvela in lui quella perversità cui la legge dichiarava inescusabile nel volontario uccisore del padre. È questa la conseguenza che i nostri autori traggono dalla distinzione di omicidio volontario (*meurtre*) e di morte derivante da percosse o ferite (*homicide*) e dalla qualifica di parricidio attribuita soltanto al primo (2). Forse questa interpretazione non sarebbe contraria nè allo spirito nè al testo della legge, se nell'art. 386 non si dichiarassero inescusabili anche le percosse o ferite commesse tra padre e figlio. Ed invero, stante questa disposizione, su quale appoggio potrà il figlio feritore del padre invocare la scusa? dirà che non voleva uccidere, che voleva ferire solamente, che il suo non fu *parricidio* ma morte derivante da percosse date senza lo scopo dell'effetto seguito; ma gli si può a buon diritto rispondere che la stessa percossa o ferita, non meritando per se stessa scusa alcuna, molto meno può meritarsela quando ha portato a più tristi risultati. Questa obiezione, mentre è ineluttabile contro il figlio o il padre, non può avere

forza alcuna contro il coniuge, perchè tra i coniugi sono inescusabili i soli *omicidi volontari*, non già le ferite o percosse. Pare dunque che al coniuge non si possa negare la scusa di qualunque provocazione, oltre quella preveduta nell'art. 383, quando egli sia dichiarato reo non di *omicidio volontario* in persona dell'altro coniuge, ma soltanto colpevole di ferite o percosse da cui sia derivata la morte. Quest'ultimo caso è ben diverso, come abbiamo detto, dal congiucidio volontario contemplato nel articolo 383, non può dunque esser compreso nella limitazione della scusa ivi preveduta.

Ed in vero, se il coniuge, ad una provocazione per *delitto* o percossa *lieve* venutagli dal suo coniuge, ferisce o percuote, questa percossa o ferita non si può certamente dichiarare inescusabile, perchè non v'ha articolo di legge che la dica tale. Or, si dia a questa ferita o percossa un effetto non assolutamente necessario, nè voluto dal feritore, qual sarà la intrinseca reità del delinquente? certamente non altra che quella del fatto da lui voluto, della *ferita*; la morte non era nella intenzione di lui non può dunque dargli il nome di omicida, non può apporgli la nota di una malvagità onde il suo cuore non era machiavellato nell'atto del delitto. Se la pena è quella dell'omicidio ciò fu per una sociale riparazione della gravità del danno, non per intrinseca espiazione della gravità della reità. Ma la scusa guarda appunto la reità morale; la legge dichiara nel coniuge inescusabile questa reità quando la vegga sì prona al sangue da spingersi a vendicare con la morte una lieve offesa, non già quando dall'ira, provocata per questa lieve offesa, è spinto non agli ultimi eccessi, ma ad offese poco più gravi di quelle ricevute, a semplici ferite o percosse. Se dunque nel fatto in esame non altra colpevolezza può aversi che di *ferite* o *percosse*, pare non potersi loro applicare quella inescusabilità cui la legge ha riservata a delinquenza più grave, all'omicidio. Se il legislatore ha creduto aggravare, per la gravità del danno derivato, la pena di tali ferite o percosse, questo aggravamento non si distrugge per tale scusa, poichè la diminuzione invece di discendere dalla pena delle ferite, parte da quella dell'omicidio.

La seconda quistione fu dalla Corte Sup. risolta per l'ammissione della scusa con le seguenti considerazioni: — *Considerando* che ai

(1) Ved. sopra pag. 416.

(2) Ved. sop. pag. 190.

termini di definizione legale non può non riconoscersi adulterio ed incesto nel coito del suocero con la nuora: *L. 38 ff. ad leg. Jul. de adult.*; che per virtù di tal definizione non può non caratterizzarsi un incestuoso adultero il suocero che carnalmente si unisca con la propria nuora; che tal dovendosi riputare il suocero nel coito con la nuora propria, per aver egli deposto in quell'atto il carattere di padre macchiando il talamo nuziale del figlio, si trova egli letteralmente compreso ancora nella voce adultero, usata dalla legge nell'art. 388, se con la nuora commette l'adulterio; e che sorpreso egli dal proprio figlio, nell'atto della flagranza dell'adulterio incestuoso con la moglie del figlio stesso, ove sia ucciso nello stesso atto insieme con la nuora dal figlio marito, non può questi essere altrimenti punito che con la pena sancita nel surriferito articolo, siccome nella specie si pronunziò la G. Corte Criminale di Molise sul conto di Domenico Veredice, osservando letteralmente la legge. — *Considerando*, che ove si ritenesse di non darsi adulterio tra il suocero e la nuora ne seguirebbe di non darsi neppure azione di adulterio al figlio marito contro al padre adultero della di lui moglie, e di essere perciò tale adulterio un fatto lecito, quantunque scardinasse dalle fondamenta il governo familiare e l'ordine sociale. — *Considerando*, che l'art. 388 è collocato materialmente sotto la Sezione 6^a del Cap. 1, Tit. 8 lib. 2 delle leggi penali, nella qual Sezione si contemplan le scuse che la legge accorda in taluni preveduti casi agli omicidj ed alle ferite. — *Considerando*, che sebbene la legge stessa nel precedente art. 385 dichiara non mai scusabili gli omicidj preveduti nell'art. 352 il quale riguarda il parricidio, il veneficio, l'infanticidio, l'omicidio premeditato ed altri simili per ferocia o per perfidia, nondimeno la stessa legge anche a taluni di questi non nega la scusa, come all'infanticidio per l'art. 387, e generalmente a tutt'i più atroci misfatti non nega la scusa se li trovi commessi nello stato di demenza, di momentaneo furore, nella età minore, per una forza irresistibile, per errore, senza volontà, senza pieno dolo, nella necessità attuale della legittima difesa di se stesso o di altrui, siccome trovansi sanzionati dagli articoli 61, 62, 66, 372, 373 e 391; — *Considerando*, che anche dopo aver la legge dichiarati con l'articolo 385 non mai scusabili gli omicidj con-

templati nel precedente art. 352, accordò nel posteriore art. 388, con particolar sanzione, la scusa stessa della involontarietà al marito che sorprendesse ed uccidesse nell'atto della flagranza dell'adulterio la moglie e l'adultero, sia pure il padre per la precedente dimostrazione, ed accordò la stessa scusa ai genitori che sorprendessero ed uccidessero dentro la propria casa la figlia nell'atto di flagranza di stupro o di adulterio; — *Considerando*, che avendo la legge nel medesimo art. 388 negata l'anzidetta scusa al marito ed ai genitori, nel caso solo in cui l'uno o gli altri fossero stati i lenoni della moglie e della figlia, questa limitata eccezione conferma la sanzione generale della scusa nel marito uccisore della moglie e dell'adultero nell'atto della flagranza dell'adulterio — *Considerando*, che mettendosi attenzione alla pena del 2° al 3° grado di prigionia, segnata dalla legge nel detto art. 388 al marito che nella flagranza di adulterio uccide la moglie e l'adultero, e ritrovatisi nel confronto simile a quella segnata dalla legge stessa nell'art. 375 per gli omicidj involontarij, ne siegue che la legge nel primo caso rommerà nel marito la cessata ragione, spento il sentimento di ogni altro dovere, soltanto accesa nel suo cuore mortalmente ferito la non frenabile passione del proprio onore oltraggiato, e la face instinguibile della vendetta, e conseguentemente la involontarietà di ciò che facesse; — *Considerando* perciò che nella soggetta specie non fa ostacolo la disposizione dell'art. 385 all'applicazione dell'art. 388 — rigetta il ricorso del Pubblico Ministero (1) ».

Si è più volte ripetuto che l'attenuamento delle pene fu per le scuse dettato dall'offuscamento della ragione, dall'avventatezza in cui l'ira ed il dolore della palita offesa trasporta la volontà del delinquente. Egli è punito men severamente perchè in quello stato di concitamento nè voleva, nè vedeva in tutto il loro delittuoso sembiante, le conseguenze del reato cui era spinto dalla provocazione. La scusa dunque forma parte integrale di quel suo reato perchè si attiene ad uno de' suoi essenziali elementi, al dolo; essa l'è così inviscerata che scinderla dallo stesso importerebbe guardare un solo lato del delitto, il solo fatto materiale senza valutare la volontà con la

(1) Decis. Corte Sup. 7 dic. 1835, causa Domenico Veredice.

quale siasi questo fatto commesso. Da tale inconcusso principio ne deriva una importante conseguenza ed è che, ove il fatto su cui poggia la condanna presenti delle circostanze le quali possono avere la qualifica di *scusanti*, sorge nei giudici il debito di mettere ad esame la sussistenza ed influenza legale della scusa che da quelle circostanze potrebbe derivare. È questa una disamina nascente dalla intrinseca natura del fatto quindi non è necessario che sia espressamente richiesta dalle parti; i giudizj penali sono di pubblico non di privato interesse; la missione dei giudici non è soltanto quella di punire ma di rilevare la vera reità dei fatti, e non applicare pena né minore né maggiore di quella che tale reità si merita. Or, sarebbe tradita questa missione se risultando dai fatti, ritenuti come prove di reità, una circostanza valevole ad ingenerare una scusa non si disamini se le apparenze di questa scusa abbiano una realtà legale; vi sarebbe allora nella definizione della reità una formola di certezza che quel reato sia stato pienamente volontario, mentre i fatti, su cui poggia quella definizione, presenterebbero il dubbio che quel reato abbia potuto non essere effetto di rischiarata, di libera volontà, ma di una volontà cieca, di una volontà quasi coartata dalla forza della provocazione. Da ciò quel difetto di motivazione, quel senso contraddittorio tra la definizione ed i fatti, che gli articoli 219 leg. org. 283 e 327 II. p. p. proclamavano come causa di nullità radicale dei giudizj.

Questa massima, che secondo i testi della legge non potrebbe esser punto controversa, trovasi costantemente sanzionata dalla giurisprudenza. Così la Corte Suprema, in una causa nella quale si eran tenute a prova della reità dell'uccisore alcune graffiature osservate nel suo corpo, senza esaminare se quelle graffiature potevano essere effetto di scusante provocazione, annullava la decisione di condanna con la seguente considerazione in diritto:

« La questione sulla scusante rendesi necessaria in due casi. Il primo si è allorché l'accusato *la eccepisce formalmente* talché la G. Corte è nell'obbligo di rispondere alla domanda, art. 383 e 330 leg. proc. pen. Il secondo si è quando *dagli stessi fatti ritenuti ed accolti dalla G. Corte risulta il bisogno di agitarla o di mostrarne la esclusione* perché la definizione di omicidio volontario non soffra ripugnanza dai fatti premessi, o non lasci

una laguna di tanta importanza quanta se ne può misurare dalla diversità delle due pene di omicidi, cioè, inescusabile, o provocato da qualche causa ammessa dalla legge come scusante. » E scendendo alla motivazione in fatto, soggiungeva: « Or, la G. Corte mentre si serve dell'indicata parte di fatti per puntellare la sua persuasione contro del ricorrente, non parla né punto né poco nella decisione di scusa, né stabilisce i dati richiesti dalla legge per escludere una scusante. A questo modo la decisione presenta un vuoto essenziale di motivazione, ed una repugnanza fra i fatti e la definizione del reato, quindi un vizio di nullità che nasce dalla violazione dell'art. 327 leg. p. pen. e 219 leg. org. giud. (1). »

Trattavasi altra volta di una condanna pogiata, fra altre prove, a quella risultante dai detti di alcuni testimoni, i quali deponavano aver visto il feritore tirare un colpo di pistola dopo un urto ricevuto da altro individuo. Questo fatto fu dalla Corte ritenuto, ma né essa né l'imputato elevarono la questione di scusa che potea nascere da quell'urto. Perciò la Corte Suprema annullava la decisione di condanna con le seguenti considerazioni:

« Attesochè nella narrazione del fatto la G. Corte ritenne le rispettive deposizioni di Savaria Chiappetta, di Giuseppe Serra, Martino e Serafina Mastragnano ed altri, val dire che, dopo talune parole scambiate tra il condannato Serra ed una persona non conosciuta, in questa veduta barcollare nel cortile del Martino: *come se avesse ricevuto un urto*, la quale rialzatosi tirò un colpo di pistola al Serra e diedesi alla fuga — e sepperò di poi che il detto Serra era stato ferito dal D. Pietro Antonio. »

« Intanto, astrazione fatta di aver la G. C. proposta e risolta la questione di scusa nel solo rapporto del n° 4 art. 377 II. p. ossia della rissa, pure ninn motto o motivazione ella ne fece in relazione della scusa del n° 2 articolo citato, *cui forse offerir potevano l'urto e le percosse anzidetto*. — Avrebbe potuto del pari non essere convinta, ma dovea bene significarlo con *apposito ragionare esclusivo della scusa per delitto*. — Che anzi essa G. Corte, senza esprimere verun fatto di rissa, tanto con i rilievi quanto con la formola terminativa, ha ritenuto e dichiarato che il fatto criminoso avvenne in rissa di cui s'ignorava l'autore. »

(1) Decis. Corte Sup. 12 sett. 1836, causa Carlo Chiarelli.

« Da ciò due vizii si offrono nella derisione impugnata: l'uno per difetto assoluto di motivazione intorno alla circostanza dell'urto e delle percosse volute in persona del ricorrente, e se potevano queste costituire nella specie una provocazione per delitto ai sensi dell'art. 377, n° 2 ll. p. l'altro per essersi ritenuto come in rissa il reato in esame, nel mentre che niun elemento legale ne sorgeva dai fatti espressi nella decisione. — Il perchè si appalesano violati gli art. 219 Leg. org. e 293 parte 2^a ll. p. (1). »

Né questo principio è speciale alle sole scuse di misfatto o delitto, esso è comune a tutte le cagioni che ammesse dalla legge come sruanti modificano l'elemento morale della reità. Epperò anche in fatto di rissa, vi sarebbe nullità quando, ritenendosi il reato avvenuto in rissa, si applicasse la pena dei reati inescusabili senza esaminare se il delinquente sia stato egli autor della rissa, o se i fatti che gli si attribuiscono come causale della rissa abbiano le caratteristiche legali per dichiararsi tali. Così la Corte Suprema censurava una simile omissione incorsa in una condanna, mettendola nel nulla con le seguenti considerazioni: Il fatto di rissa, ritenuto dalla G. Corte, *menava ad elevare la quistione*: se nell'omicidio concorresse o pur no qualche circostanza meritevole di essere, o no, calcolata in linea di scusa. La G. Corte vi era obbligata dall'art. 283 p. p., il quale altronde trattandosi di quistione di fatto rimetteva a lei di valutarla *ex animi sui sententia*, ed ammetterla o rigettarla (2). »

Il debito che nasce nella Corte di elevare di ufficio la quistione della scusa è obbligatorio sol quando le apparenze di questa scusa stanno nei fatti ritenuti nella Decisione di condanna. Ma se i fatti che potrebbero avere le sembianze di scusanti, comechè attestati dalle dichiarazioni testimoniali, non hanno fede nell'animo della Corte, non sono da essa registrati nella Decisione come prova di reità, allora la quistione della scusa non nasce più dalle viscere del fatto ritenuto come base della condanna, quindi non vi è più per la coscienza della Corte la necessità di esaminare tale quistione affin di mettere la defini-

zion del reato in accordo coi fatti su i quali quella definizione è poggiata (3). Ma se in questo caso la eccezione della scusa trovasi opposta dall'imputato deve il giudice, sotto pena di nullità, metterla ad esame. L'art. 330 p. p. astringe il giudice a rispondere a tutte le domande della parte interessata; è nelle sue facoltà non prestar fede ai fatti che si presentano in sostegno della eccezione, valutare questi fatti con un concetto legale diverso da quello che vuole trarne l'imputato; ma qualunque sia il suo avviso debbe sempre giustificarlo con un ragionamento, acciò si abbia nella stessa Decisione la prova di non essersi obbiata ma discussa la eccezione dell'imputato.

Per ultimo sviluppo delle norme a seguirsi nella disamina delle scuse crediamo necessarie due altre osservazioni. La prima si è che se la legge richiede sotto pena di nullità una tale disamina, o che la scusa risulti dai fatti ritenuti per base della condanna, o che sia espressamente invocata dall'imputato, non esige però che sia sempre distinta dalla quistione principale di reità. La scusa debbe esser disamata poichè formando parte integrale del fatto, attenendosi all'elemento morale del reato, il silenzio serbato intorno a quella sarebbe prova d'incompleto, di non ponderato convincimento sulla gravezza di questo. Ma estimata che siesi la sussistenza o insussistenza del fatto scusante, avvenga ciò in quistione speciale o nella valutazione della quistione principale sul fatto delittuoso, si escluda la scusa con formola espressa di finale dichiarazione o col ragionare dei *considerandi*, sempre vi è nella decisione la prova d'essersi l'attenzione dei giudici fissata a valutar quel fatto che potea modificare la gravezza dell'imputazione, sempre dunque il voto della legge è soddisfatto. Invano si vorrà vedere una nullità nel non essersi discussa la scusa in quistione a parte, perciocchè l'art. 283 p. p. allora soltanto prescrive che della scusa si elevi quistione separata quando non sia stata compresa nella soluzione delle quistioni precedenti (4).

La seconda osservazione riflette il caso che

(1) Decis. Corte Sup. 9 dic. 1845, causa Pietro Antonio Marini.

(2) Decis. Corte Sup. 5 febb. 1834, causa Pietro Farinasi, ved. sop. pag. 449.

(3) Decis. Corte Sup. 2 marzo 1836, causa Luigi Jannelli.

(4) Decis. Corte Sup. 9 settem. 1835, causa Pasquale Gabriele; — 21 dicem. 1835, causa Giuseppe Graziano ed Elisabetta de Benedictis.

nello stesso fatto vi concorra ed una *cagione di scusa* e la *imprevedibilità* delle conseguenze del fatto delittuoso, contemplata con l'articolo 391. La modificazione della reità parte in queste due ipotesi da ragioni diverse fra loro; nell'art. 391 si guarda nel reato un effetto non voluto, non preveduto, nè *prevedibile* dal delinquente; nei fatti di scusa, la conseguenza è voluta dal reo ma con una volontà che avrebbe aborrito dal sangue se non fosse stata aizzata dall'offesa. Nel primo caso l'imputato non è realmente colpevole che della ferita da lui voluta; lo stuporio e la morte derivante da questa ferita non era nella sua intenzione quindi non può *interamente* a lui addebitarsi. Nella seconda ipotesi lo stuporio e la morte cagionata dall'atto criminoso era nella mente del feritore, ma *l'atto stesso criminoso* non fu in lui tutto spontaneo. L'attenuazione della pena prescritta dall'articolo 391 riguarda la materialità del corpo del delitto; quella conceduta per i fatti di scusa tocca l'elemento morale della cagione dello stesso. Da ciò la conseguenza che ove una ferita, onde venne un effetto non voluto, fosse stata provocata da cagione ammessa come scusante, la sola attenuazione dell'art. 391 sarebbe insufficiente perciocchè si avrebbe la stessa pena per un fatto, nel primo caso tutto volontario, nel secondo scusabile. Se queste due cause di diminuzione di pena hanno ciascuna una essenza ed una ragione propria, la questione di scusa intorno l'una non può assorbire e rendere frustranea quella intorno l'altra, perciocchè l'art. 283 e 330 p. p. prescrivono, sotto pena di nullità, doversi discutere non una ma tutte le questioni nascenti dal fatto o proposte dall'imputato (1).

La diminuzione di pena annessa ai fatti di scusa è dalla legge stabilita negli art. 379, 380, 381, 382 e 388 così concepiti — Articolo 379: Nel primo caso dell'articolo 377, quando il fatto che costituisce la scusa è provato, l'omicidio sarà punito col terzo grado di prigionia; le ferite, le percosse ed altre ingiurie ed offese, se contengono un misfatto, saranno punite col primo al secondo grado di prigionia; se contengono un delitto saranno punite colle pene inferiori non escluse quelle di polizia. » — Art. 380: Nel secondo caso del

articolo 377, quando il fatto che costituisce la scusa è provato, l'omicidio sarà punito colla relegazione; le ferite, percosse ed altre ingiurie ed offese se contengono un misfatto saranno punite col secondo al terzo grado di prigionia, se contengono un delitto saranno punite col primo grado di prigionia o di confino. » — Art. 381: Nel terzo caso dell'art. 377, quando il fatto che costituisce la scusa è provato, l'omicidio sarà punito col primo al secondo grado di prigionia; le ferite, percosse ed altre ingiurie, se contengono un misfatto saranno punite col primo grado di prigionia; se contengono un delitto saranno punite con le pene di polizia. » — Articolo 382: Nel 4° caso dell'art. 377, quando il fatto di scusa è provato, i misfatti e delitti saranno puniti con uno a due gradi meno delle pene cui soggiacerebbe il misfatto o delitto se non fosse scusabile. Se la pena sarà dei ferri verrà espiata nel presidio. » — Art. 388: Se il marito sorprende in adulterio — . . . in caso di omicidio sarà punito col secondo al terzo grado di prigionia; e nel caso di percossa o ferita, se contiene un misfatto sarà punito col primo grado di prigionia o confino, se contiene un delitto sarà soggetto a pena di polizia. »

Dalla lettura dei trascritti articoli si rileva che di sovente un reato punibile per se stesso criminalmente va, in forza della scusa nascente dalla provocazione, soggetto a pena correttiva o di polizia. Or, quale si è mai l'effetto di questo tramutamento di pena sulla natura del reato? continua forse a serbare i caratteri di reità che gli sarebbero propri, ove non avesse avuto il beneficio della scusa, ovvero assume il nome e l'indole di quel reato di cui è indice la pena inflittagli? Tale disamina è di molto interesse e per la *competenza*, e per la mancanza o rinuncia d'*istanza privata* e per la *prescrizione* e per la *recidiva*.

Quanto alla *competenza*, la questione è testualmente decisa dall'articolo 148 leggi p. p. il quale prescrive: Se il fatto contenga per sua natura un *misfatto*, ma per le sue qualità minoranti o scusanti, per l'età o per lo stato del colpevole questo non sia in grado di ricevere pena, o debba riceverne una *correzionale o minore*, il *giudizio sarà sempre della G. Corte Criminale*; e l'incolpato sarà sottoposto all'accusa, riserbandosi alla pubblica discussione l'esame di queste circostanze. » La saggezza di questo articolo non ammette obiezioni; la circostanza della scusa

(1) Decis. Corte Sup. 1839, causa Gaetano Gili-berli; — Ved. sopra pag. 423.

non può dirsi provata, non può aver vita nè effetti legali se non sia dal giudice dichiarata sussistente, ed affiancata dai requisiti che la legge le ha prescritti per renderla operativa dell'attenuamento di pena. Prima di tale dichiarazione, che costituisce la verità legale, la scusa non è che un dubbio; il fatto certo, permanente, a cui la scusa si connette come un accessorio eventuale. è il *corpo del reato*, se questo dunque, indipendentemente dalla scusa costituisce un *misfatto*, non altro può essere il giudice che le G. Corte criminale, perchè essa ha la competenza ordinaria dei misfatti, perchè svestirla della sua giurisdizione sul riflesso che si potrà, in forza della scusa, tramutare la pena da criminale in correzionale e così acclararsi delitto quel che appariva misfatto, sarebbe un dare alla scusa effetti legali priacchè abbia dalla dichiarazione del giudice legale esistenza.

Ma proclamata che siasi dal giudice la legalità del concorso della scusa, applicata per effetto della stessa una pena correzionale, la conseguenza si è che il reato, cui quella pena correzionale si è inflitta, comunque giudicato sotto le apparenze di misfatto, non costituisce che un semplice delitto. La verità legale non nasce dalle forme del giudizio ma dalla pronunzia definitiva che al giudizio mette fine; nè questa pronunziazione è quella che impronta al reato i suoi caratteri, essa non fa che acclarare qual fosse realmente la reità del fatto quando fu commesso; se questa reità siasi stimata degna di pena correzionale, il *vero*, il *certo giuridico* si è che il suo carattere era di *delitto*, perchè, ai termini dell'articolo 1. leg. pen. il carattere della pena è l'indice legale del carattere del reato, perchè se quello stesso reato costituirebbe un misfatto in chi l'avesse commesso con piena volontarietà, non può serbare la stessa gravanza in chi l'abbia commesso con minor dolo, in chi non avrebbe delinquito se non fosse stato trascinato dalla ingiusta provocazione (1).

Come necessaria conseguenza di questo principio noi osservammo, nel cominciamento di quest'opera (2), che la caratteristica di delitto, nascente nei fatti scusabili dall'applica-

zione delle pene correzionali, aveva indubitata efficacia e per le conseguenze della *manca*za o *rinunzia d'istanza privata*, per la *prescrizione* e per le *recidiva*. Così la Corte Suprema decideva che in un'accusa per *st*orpio scusabile, e perciò soggetto a pena correzionale, essendovi stata nei primordi del procedimento la rinunzia all'istanza di punizione, non vi poteva essere applicazione di pena (3); che il condannato, per omicidio scusabile, a pena di prigionia, deve ritenersi come condannato per *delitto* e quindi non può dichiararsi *recidivo*, se incorra in altro reato costitutivo di *misfatto* (4); che in un reato, giudicato sotto nome e procedimento criminale, ove gli si applichi una pena correzionale e sia trascorso il termine utile della prescrizione dei delitti, lebbesi di ufficio dichiarare estinta l'azione (5).

Questi principj trovansi ora modificati da un Real Rescritto del 27 luglio 1839 così conceputo:

« Dall'art. 2.^o delle leggi Penali è distinto il reato in misfatto, delitto e contravvenzione, secondo che è punibile con pena criminale, correzionale o di semplice Polizia. — Dei reati punibili con pena correzionale alcuni ricevono direttamente dalla legge il nome di *delitto*, altri per natura del fatto principale hanno quello di *misfatto*, ma la pena per motivi attenuanti o scusanti si cangia da criminale in correzionale, sia che la legge stessa ne precisi il cangiamento, sia che lo ponga nella latitudine del giudice. — È questione se sieno applicabili indistintamente nelle cennate due specie di reati le determinazioni che pei delitti trovansi stabilite.

« 1.^o Dagli articoli 39, 43 e 41 delle leggi di procedura penale, risguardanti l'esercizio dell'azion penale.

« 2.^o Dall'articolo 615 delle leggi medesime sulla prescrizione in materia di delitti. — Si è per la negativa considerato che le due specie di reati, quantunque portanti a pene correzionali, pure nell'interesse della sicurezza pubblica non sono dalla legge egualmente valutate nè trattate con egual ri-

(3) Decis. 1 giugno 1827, causa Agostino Somella.

(4) Decis. Cort. Sup. 17 marzo 1836, causa Vincenzo Bajano.

(5) Decis. Cass. 26 nov. 1812, causa Paolo di Lauro; ved. Supp. alla collee. delle leg. serie crim. anno 1818, n.^o 88.

(1) Decis. Corte Sup. 16 agosto 1833, causa Simone Amoresani; — 21 agosto 1833, causa Genaro Lepore.

(2) Tom. 1.^o nota (a) pag. 12.

gore. Il reato, la cui pena per motivi attenuanti o scusanti si cangia da criminale in correzionale, ritiene pel fatto principale il nome di misfatto ed è sottoposto alla giurisdizione criminale che procede con forme criminali — Si ricordano all' uopo l' articolo 148 delle leggi di p. p. e gli articoli 379, 381 e 388 leg. pen. — La istanza privata, voluta dall' articolo 38, affin di esercitare per lieve offesa in giudizio correzionale l' azione penale, non ricercasi per l' azione nascente dall' altra specie di reati, da sperimentarsi in giudizio criminale. — Altronde, la rinunzia all' istanza privata, che in vigor degli articoli 43 e 47, arresta il giudizio correzionale quando si trovi promosso per effetto d' istanza privata, non è operativa nel giudizio criminale promosso di ufficio dal Ministero Pubblico. — L' articolo 619 che a prescrivere la pena correzionale esige il corso di anni cinque, e quello di anni due per l' azione penale, portasi non applicabile nella enunciata specie di reati sottoposti a giudizio criminale. Si è considerato che periodi così brevi, convenevoli alle forme celeri del giudizio correzionale, sono disadatti alle forme lente del giudizio criminale. Inoltre, nel giudizio correzionale per delitto si condanna anche in contumacia e la pena profferita non si prescrive che coll' elasso di di anni cinque. Nel giudizio criminale al contrario, per fatto portante a pena minore del terzo grado dei ferri, non si condanna, ma si arresta il procedimento all' iscrizione dell' accusato nell' albo dei rei assenti. In tal caso non si ha pena ma l' azione penale; ove si rendesse applicabile l' articolo 615 si giungerebbe alla sua prescrizione nel breve giro di anni due. Quindi più agevole nel secondo caso la prescrizione, ed in conseguenza meglio favorita l' impunità quanto maggiore il reato — Ho richiamato sull' oggetto l' attenzione di S. M. nel Consiglio Ordinario di Stato dei 9 andante, e la M. S. veduto il parere della Consulta Generale del Regno, ha dichiarato che le regole stabilite per reati, costitutivi di loro natura semplici delitti perseguibili in giudizio correzionale, non sono applicabili al caso di reato, il cui fatto principale costituisce misfatto portante a pena correzionale per motivi attenuanti o scusanti ma perseguibile in giudizio criminale — Nel Real nome ec.

Dalla lettura di questa sovrana disposizione

ne si rileva che essa non può applicarsi alla *recidiva*, nè al caso in cui il reato apparisse in origine non misfatto ma delitto e per la scusa avesse avuto *pena di polizia*.

E per fermo, trattandosi di una interpretazione restrittiva, di una specie di eccezione all' art. 1° delle leggi penali, onde la sola pena è stabilita ad indice dell' intrinseca reità dei fatti delittuosi, basterebbe il non leggere in questa eccezionale interpretazione i due cenati casi per poter dirli non compresi nella stessa. Ma tale conseguenza è non solo della lettera, ma anche dello spirito del trascritto atto Sovrano. La *manca* o *rinunzia d' istanza privata* la stessa *prescrizione* toccano il procedimento non la intrinseca natura dei fatti, sono provvedimenti di prudenza sociale non regole dettate da necessità di giustizia morale. Non è però lo stesso della *recidiva*; chi si abbandona al misfatto, dopo esser stato altra volta per misfatto condannato a pena criminale, appalesa nel suo cuore una incorreggibile abitudine a misfare, una insensibilità alla forza della prima condanna, quindi è contro di lui giusta necessità una condanna più grave. Ma se al primo misfatto sia egli stato trascinato da una provocante offesa, se per la sua emenda non siesi ancora tentata la forza di una pena criminale, non può desumersi depravatezza di cuore da un atto a cui senza la provocazione non si sarebbe abbandonato, non può dirsi insufficiente una pena criminale la cui efficacia non si è ancora esperimentata sul colpevole.

E passando dal *misfatto* al caso del *delitto*, dichiarato per la scusa semplice *contravvenzione*, troviamo le stesse ragioni per non ammettere *recidiva* in chi per un delitto scusabile è condannato a *pena di polizia* e poi ricade in novello *delitto*; come anche per non estendere a questo le norme statuite dal Sovrano Rescritto per la prescrizione dei misfatti. Il legislatore non fece motto in tale Rescritto della *prescrizione dei delitti*; non credè statuire che, quantunque questi per la scusa si dichiarino *contravvenzioni* debbano sempre serbare la prescrizione propria all' azione correzionale, perchè in essi non vi concorrono nè le lunghe forme del procedimento criminale, nè la impossibilità di una condanna in contumacia, che furono i due soli motivi delle norme stabilite col Rescritto per la prescrizione dei misfatti. (*Edit. Nap.*)

TAVOLA ANALITICA

DELLE MATERIE

CONTENUTE IN QUESTO TERZO VOLUME

ABORTO. Caratteri particolari di questo reato, 157—Rivista delle antiche legislazioni su tale materia, 158—Delle leggi moderne straniere, *ivi*—Sistema del Codice, 159—Distinzioni omesse intorno al tempo in cui avviene l'aborto, *ivi*—Intorno l'aborto commesso col consentimento o contro il volere della donna abortita, *ivi*—L'autore delle violenze che hanno cagionato un aborto, senza che si fosse voluta questa conseguenza, va forse sotto l'applicazione della legge? 160—Il tentativo che non sia seguito dall'aborto va soggetto a pena? 161—Dell'aborto procurato dalla donna stessa in persona propria, 164—Della complicità dei medici e chirurghi, *ivi*—La qualità di medico debb'essere decifrata dal Giuri, *ivi*—Le levatrici vanno forse comprese tra gli ufficiali di salute? *ivi*—Verificazione della intenzion criminosa in fatto di aborto *ivi*

ADULTERIO.

— *Adulterio* del marito; fatti che lo costituiscono, 265 — Il marito che mantiene una concubina nella casa conjugale non è ammesso ad intentare azione per adulterio contro la moglie, 266. — Cosa debbesi intendere con le parole: mantenere una concubina nella casa conjugale? 267 — Motivi d'innammissibilità che il marito può opporre alla querela della moglie 272
— *Assistenza* al reato 278
— *Caratteri* del reato 256
— *Complici* —; in quali casi possono esser tradotti in giudizio, 263 — Possono invocare i motivi d'innammissibilità che può opporre la moglie, 270 — Possono essere scusati se abbiano ignorato il matrimonio, 274 — Se la donna sia stata incontrata in un luogo di libertinaggio . *ivi*
— *Congiungimento illecito*, la consumazione di questo con-

- giungimento è requisito essenziale del reato 256
- *Connivenza* del marito al libertinaggio della moglie è motivo d'innammissibilità dell'azione 270
- *Danni-interessi* 277
- *Desistenza* dalla querela; effetti di questa desistenza in quanto al procedimento contro la moglie, 262 — Suoi effetti dopo la condanna, 263 — *Quid* se la moglie abbia accettata la Decisione di condanna, ed abbia portato appello il solo drudo? ivi
- *Flagrante delitto*; l'omicidio commesso dal conjuge è scusabile, 198 — *Quid* di quello commesso dal fratello o dal padre del conjuge? 440 — Cosa debbesi intendere per *flagrante delitto*, 280 e 274 — *Quid*, se il marito ha commesso l'omicidio coll'ajuto di un terzo? 201 — La scusa non può ammettersi che quando l'adulterio sia stato commesso nella *casa conjugale* 202
- *Grazia* conceduta dal marito alla moglie, 276 — Può giovarsene il drudo? 277
- *Incontinenza* del marito, motivo d'innammissibilità dell'azione 271
- *Indigenza* della moglie non è motivo di scusa 272
- *Marito*, dritto di far querela, 249 — Caratteri di questo diritto e dell'azione che esercita, *ivi* e 261
- *Matrimonio* dei colpevoli o di uno di essi, elemento del reato, ... 257
- *Morte* del marito, suoi effetti nel corso del procedimento. 264
- *Pene* dell'adulterio 275 —
- Dritto Romano, *ivi* — Antica legislazione, *ivi* — Legislazioni straniere. 276
- *Prove* dell'adulterio, 272 — Prove scritte, 273 — *Flagranza* del reato. ivi
- *Querela* del marito 258
- *Rappacciamento* dei conjugi estingue l'azione di adulterio, 268 — Il rappacciamento è espresso o tacito 269 — Fatti che lo costituiscono, *ivi* — Può essere opposto dal marito contro la querela della moglie 272
- *Volontà* delittuosa, necessaria alla esistenza del reato 258
- AGGRESSIONE di una casa in tempo di giorno, provocazione Ved.
- SCUSA PER AGGRESSIONE DIURNA . 193
- ARMI.
- Distinzione; proprie, improprie e vietate, 423 — Influenza legale di questa distinzione sulle ferite ed altri reati *ivi* — Caratteristica delle armi proprie e delle improprie, 424 — Armi vietate quali sono, 170, 425 e 426 — Imputazione dell'asportazione, detenzione, fabbricazione e vendita di tali armi, *ivi* — Carattere di questa imputazione, 170, e 427 — Può dirsi arma vietata il coltello da tavola? 426. *Quid* delle pistole da tasca 172 — Può dirsi asportatore d'arma chi nell'atto di una rissa si provvede di un'arma vietata? 428 — Può dirsi tale se l'arma si porti da un luogo ad un altro per incarico altrui? 427 — Quando un individuo dalla guardia urbana può legalmente asportare le armi vietate, 428 — Si deve forse comprendere nel divieto della legge ogni arma proditoria ed offensiva? 172 — *Pene* dell'aspor-

- tazione e detenzione, 169 e 479 — Sorveglianza, 172 — Competenza del giudizio dell'asportazione d'armi, 429 — Modo di custodia degl'imputati di simile delitto, *ivi* — Prove di questo delitto; è forse tuttora necessaria la sorpresa in flagranza? *ivi*
- ARRESTI illegali** commessi da privati. Reato distinto dal sequestro, 290 — Definizione dell'arresto illegale, *ivi* — In quali casi i privati possono eseguire un arresto, 201. — Costituisce scusante provocazione per misfatto, 432. — Ved. SEQUESTRO.
- ASSASSINIO.**
- *Aguato* specie di premeditazione 76
 - *Complici*, la premeditazione debb'esser dichiarata per ciascuno dei complici. 79
 - *Duelli* Ved. DUELLO
 - *Elementi* del misfatto: omicidio e premeditazione 76
 - *Errore* nella persona della vittima esclude forse la premeditazione? 80
 - *Origine* della parola assassinio 76
 - *Pene* applicate dall'antico diritto, 112 — Dal Codice Penale *ivi*
 - *Premeditazione*, suoi caratteri, 77 — Segni onde va presunta, *ivi* — L'esser stati reiterati i colpi nel ferire non indica premeditazione, *ivi* — Perchè si dica esservi stata premeditazione è forse sufficiente che sia trascorso qualche tempo tra il disegno del reato e la sua esecuzione? *ivi* — Distinzione tra la premeditazione e la volontà, *ivi* — Debbe esser dichiarata per ciascuno degli accusati 79
- ASSOCIAZIONI DI MALFATTORI.**
- *Associazione*, quale debbe essere il suo scopo per costituire un elemento del misfatto, 7 — *Quid* se l'associazione mira a commettere non dei misfatti, ma semplici delitti? . . . *ivi*
 - *Banda*, numero di persone necessarie a costituirla . . . 6 e 10
 - *Caratteri* generali di questo reato *ivi*
 - *Comandante* in capo, circostanza aggravante 8
 - *Complici* per avere scientemente forniti alle bande luoghi di riunioni, 10 — *Quid* se essi hanno prestata assistenza ad un solo individuo della banda? 11
 - *Elementi* del reato, l'organizzazione e lo scopo delle bande 7 e 8
 - *Malfattori*, Due classi, 8 — Perchè si applichi questa qualifica è forse necessario che i malfattori sieno incaricati di un servizio qualunque? . . . 9
 - *Organizzazione*, suoi elementi 7
 - *Pene*, due gradi. 8 e 10
 - *Servizio* nelle bande 9
 - *Scioglimento* delle bande, suoi effetti 10
- ASSOCIAZIONI ILLECITE**
- *Associazioni* illecite, quali sono quelle che hanno tal carattere? 46
 - *Associazioni* religiose, si applicano forse anche a queste le disposizioni proibitive della legge Penale. 49
 - *Caratteri* generali del reato, 44 e seg.
 - *Complicità* dei proprietari ed inquilini che prestano all'associazione l'uso d'un locale, 56 e 57
 - *Elementi* di tale infrazione; perchè vi sia associazione è mestieri che sia composta da più

- di 20 persone ed abbia lo scopo determinato dalla legge. 47
- *Libertà* di associazione, il legislatore ha mai diritto d'imporre dei limiti a questa libertà? 44
- *Leggi* antiche su le associazioni illecite ivi
- *Leggi* moderne dei popoli stranieri ivi
- *Modificazioni* fatte al Codice Francese dalla legge dei 10 aprile 1834 47
- *Società* letterarie 48
- ATTENTATI alla proprietà — Ved. *Furto*.
- ATTENTATI *al pudore con violenza*.
- *Armi* adoperate in commettere il reato. 253
- *Ascendenti* della vittima, aggravazione del reato quando è commesso da costoro 247
- *Attentato*, definizione. 238
- *Autorità*, quali persone si reputano avere autorità sulla vittima? 248
- *Complicità*, motivo di aggravamento di pena. 253
- *Circostanze* aggravanti per le leggi delle Due Sicilie ivi
- *Età* della vittima, circostanza aggravante 257
- *Ferite* o percosse 254
- *Funzionari* pubblici, questa qualità è circostanza aggravante il reato, ... 251
- *Intelligenza* degli articoli 339 e 340 ll. p. 252
- *Istitutori*, qualità che aggrava il reato 250
- *Marito*, può mai il marito rendersi colpevole di attentato al pudore in persona di sua moglie? 241
- *Omicidio*, circostanza aggravante. 254
- *Meretrici*, l' attentato al loro pudore va soggetto a minor pena, 244 — *Quid*, se questo attentato sia commesso con armi da più persone? 254
- *Ministri* del culto, questa qualità è causa di aggravazione. 252
- *Servi* salariati 251 e 249
- *Tentativo* dell' attentato, deve forse riunire i caratteri del tentativo legale? 239 e 240
- *Violenza*, circostanza costitutiva del reato, 239 — Suoi caratteri, 236 — Violenza presunta, 246 — Effetti della violenza reale o presunta quando sia accompagnata da altre circostanze aggravanti 252
- ATTENTATO *al pudore senza violenza*.
- *Attentato* al pudore, spiegazione di queste parole 237
- *Competenza* del Giuri a decidere sull'età della vittima ivi
- *Dritto Romano* 235
- *Età* della vittima, elemento del reato 237
- ATTENTATO *ai costumi* — Carattere generale di questo reato, 218 — Imputazioni del diritto antico, *ivi* Della fornicazione, *ivi* — Dello stupro, 218 — Del ratto per seduzione, *ivi* — Dell'incesto, 220 — Della Sodomia e della bestialità, *ivi* — Disamina di questi diversi fatti, *ivi* — Differenze che separano l' attentato contro i costumi dall' attentato al pudore, 234 — Vedi ECCITAMENTO *alla dissolutezza*.
- AVVELENAMENTO.
- *Caratteri* di questo reato, 113 — Legislazioni straniere, *ivi* — Definizione, *ivi* — È necessario che sievi volontà di attentare alla vita, 114 — Vi è presunta la premeditazione, *ivi* — Atti preparatorj del reato, 115 — Atti

- esecutivi, *ivi* — In quali casi questi atti costituiscono semplice tentativo, 116 — In quali casi il misfatto è consumato, *ivi* — È necessario che la sostanza venefica sia atta a dar morte, 119 e 117 — *Quid?* se una sostanza venefica sia stata mescolata con altra che abbia neutralizzata la sua forza, 119 — *Quid*, se una sostanza non venefica sia stata mescolata con altra che l'abbia resa tale, *ivi* — *Quid*, se la morte non avvenga per soccorsi dell'arte salutare, o per pentimento del colpevole, 117 — Definizione delle sostanze venefiche, 120 — Disamina della natura delle sostanze, 121 — Periti, *ivi* — Vedi SOSTANZE NOCEVOLE alla salute.
- BESTIALITÀ', come riguardavasi nel diritto antico 220
- BEVANDE adulterate (spaccio di), caratteri di questo reato, 167 — Elementi che lo costituiscono; 168 — Sorpresa e confiscazione di queste bevande *ivi*
- BIGAMIA.
- Antica legislazione 280
- Buona fede (eccezione di) . . . 282
- Competenza — Quale giurisdizione deve decidere della nullità di uno dei due matrimonj opposta dall'imputato? 283 — Possono i giudici criminali decidere se i motivi d'inammissibilità dell'azione sieno bene o mal fondati? 286 — Distinzione tra le nullità assolute e relative opposte dall'imputato *ivi*
- Definizione 279
- Dolo dell'imputato, terzo elemento 281
- Elementi del reato 281
- Precedente matrimonio, non vi è reato se il colpevole non era già stretto dai legami di un precedente matrimonio, *ivi* — *Quid?* se questo matrimonio, come che attaccato di nullità, non sia stato ancora dichiarato nullo dal giudice 281
- *Questione* pregiudiziale risultante dalla nullità di uno de' due matrimonj, ... 283
- Secondo matrimonio contratto innanzi lo scioglimento del primo 282
- CADAVERE d'un ucciso, ved. RICETTAZIONE.
- CAGION di onore, scusa dell'infanticidio, Ved. SCUSA per cagion di onore.
- CALUNNIA, vedi DENUNZIA CALUNNOSA
- CASTRATURA, cenno storico intorno questa materia, 150 — Motivi del Codice 151 — Definizione ed elementi del reato, *ivi* — Può la castratura godere del beneficio degli art. 362 e 363? . . . 422
- *Quid* se dalla castratura venga la morte? *ivi*
- CULTO, libertà delle associazioni religiose, ved. ASSOCIAZIONI ILLECITE.
- DETENZIONE illegale, ved. SEQUESTRO
- DIFESA legittima, ved. LEGITTIMA DIFESA
- DINUNZIA CALUNNIOSA.
- *Calunnia*. Due sono i suoi essenziali requisiti: la falsità dei fatti imputati e la mala fede del dinunciante 361
- *Carattere* della dinunzia calunniosa 357
- *Competenza*. La giurisdizione penale, investita del giudizio contro la dinunzia calunniosa, è mai competente a decidere la *questione* pregiudiziale della verità o falsità del fatto, quando questo fatto costituisce un atto amministrativo? 363

- *Dinunzia*. È necessario che l'atto rivelatore abbia il carattere e la forma d'una dinunzia, 357 — Il carattere essenziale di ogni dinunzia è la spontaneità, *ivi* — Sua forma, 359 — Le disposizioni prescritte dal Codice d'istruzione criminale sono applicabili a questa dinunzia? 358 — Una semplice lettera può esser mai riguardata come una dinunzia? *ivi* — Una querela qualunque accompagnata dalla costituzione di parte civile può esser tenuta come una dinunzia? 359
- *Falsità de' fatti dinunziati*, 361 — È mai necessario che questi fatti costituiscano reato? *ivi* — Come debb' esser provata la falsità dei fatti dinunziati? 362
- *Funzionario pubblico* se appone dolosamente un reato ad un cittadino va mai soggetto alla pena della denuncia calunniosa? 367
- *Intenzione di nuocere* . . . 366
- *Quistione pregiudiziale* risultante dalla falsità dei fatti imputati. 362
- *Senza causa legittima di errore*, 366 — Quali sono queste cause. *ivi*
- *Ufficiali di giustizia* o di polizia cui debbe esser trasmessa la dinunzia. 360 — Quali sono questi ufficiali? *ivi* — I ministri sono compresi in questa categoria? *ivi* — Vi sono compresi i prefetti? *ivi* — A chi spetta la qualificazione di ufficiale di polizia amministrativa? 361
- DISSOLUTIZZA, Ved. ECCITAMENTO ALLA DISSOLUTIZZA.
- DISTRIBUZIONE di scritti o stampe senza indicazione di autore o tipografo 35
- *Abrogazione parziale* dei testi del Codice Penale intorno questa materia, e quistioni che nascono da tale abrogazione . . . 36 e seg.
- *Confiscazione* degli esemplari sorpresi 40
- *Distributore*, deve aver agito scientemente, 37 — Risguardato come complice dell'autore . . 39
- *Scritti anonimi*, scopo delle disposizioni del Codice . . . 36 e seg.
- DUELLO.
- Origine del duello, 89 — Monumenti della legislazione, *ivi* — Esame di questa legislazione, 91 — Legislazione nuova, 91 — Leggi intermedie, 91 — Compilazione del Codice Penale, 94 — Interpretazione di questo Codice dopo la sua promulgazione, 98 — Cangiamento di giurisprudenza, 99 — Esame della Decisione del 22 giugno 1837, 100 — Valutazione del fatto risultante dal duello, 101 — Questo fatto costituisce misfatto o non costituisce reato, pag. 102 — L'omicidio commesso in duello non è un assassinio, *ivi* — I patti che precedono il duello cancellano ogni reità, 103 — Conseguenza del sistema della Corte di Cassazione, 104 — Le disposizioni del Codice Penale non si possono applicare al duello, 107 — Caratteri speciali del duello, *ivi* — Leggi straniere, 109 — Riassunto di questa discussione, 111 — Legislazione delle Due Sicilie . . . 129
- ECCITAMENTO alla dissolutezza.
- *Abitudine*, significato di questa parola, 225 — L'abitudine risulta forse dagli atti reiterati sulla stessa persona? 231 — È forse necessario che quest'abitudine concorra nei fatti preveduti dal secondo §

- dell'art. 334 (332) come nel § 1° (art. 344)? 232 — Antica legislazione 226
- *Attentato* al pudore è diverso dall'eccitamento alla dissolutezza 334
- *Corruzione*. È forse necessario che la corruzione sia consumata, che il minore sia guasto dalla dissolutezza? 232
- *Eccitamento* alla dissolutezza non può apporsi a reato che a coloro i quali lo praticano per altri 229
- *Gioventù*, questa espressione collettiva importa forse che per aversi il reato debbono esser molte le persone corrotte? . . . 231
- *Oltraggio* pubblico al pudore differisce dall'eccitamento alla dissolutezza 334
- *Pene* 235
- *Prostituzione*; coloro che gettano nella prostituzione giovanette già rotte al vizio sono forse colpevoli di questo reato, 233—*Quid*, se queste giovanette eran già iscritte nei registri della polizia? ivi
- *Seduzione* per uso personale non costituisce questo reato . . 230
- ESPOSIZIONE di un fanciullo**; carattere generale di questo reato, 306 — Distinzione tra i luoghi solitari e non solitari, 307—Cosa debbesi intendere per luoghi solitari? ivi — Cosa debbesi intendere per fatto di esposizione? 308 — Responsabilità per gli accidenti che sopravvengono al fanciullo dopo la esposizione, 312 — Il reato si aggrava quando sia commesso dai tutori o istitutori, 310 — Quando la esposizione si fa in luogo solitario, ivi — Debbono tenersi per complici quelli che hanno dato l'ordine della esposizione? 311
- FANCIULLO**, non presentazione del fanciullo da coloro che ne hanno il carico, 303 — Carattere morale di questo reato, ivi — Omissione di dichiarar la nascita di un fanciullo, 304 — In quali casi questa omissione costituisce un fatto punibile? ivi — Quali persone hanno l'obbligo di fare tali dichiarazioni, 305 — *Quid* se la omissione di tale dichiarazione mira ad agevolare la soppressione del fanciullo? ivi — Ogni neonato debb'esser presentato all'ufficiale dello stato civile, la infrazione di queste formalità costituisce delitto 306
- FALSO GIURAMENTO**. Carattere di questo reato, 353 — Motivi dell'imputazione, ivi — Suoi limiti, 374 — Necessità d'una prova scritta del fatto negato col giuramento. ivi
- FALSA TESTIMONIANZA**.
- *Alterazione* della verità, elemento essenziale del reato, 333 — Debbesi distinguere se tale alterazione versa in circostanze essenziali al fatto ovvero accessorie, ivi — Quali sono le circostanze essenziali d'un'accusa criminale? 334 — Circostanze di tempo e di luogo, ivi — Alterazione del nome o delle qualità. ivi
- *Annullamento* della decisione di condanna; la ritrattazione posteriore a questo annullamento non distrugge il reato 341
- *Contraddizioni* dei testimonj, in quali casi possono dar materia ad azione penale 337
- *Corruzione* dei testimonj con

- danaro, ricompensa qualunque o promessa, circostanza aggravante 348
- *Deposizione* negativa, distinzione 336
- *Difesa*; imputati ed accusati che fanno false dichiarazioni 332
- Testimone il quale altera i fatti che tornerebbero a sua accusa ivi
- *Dinunzia* falsa non può essere agguagliata alla falsa testimonianza 339
- *Elementi* del reato 331
- *Indicazioni*, le persone chiamate per dare semplici indicazioni non possono andar soggette all'azione di falsa testimonianza ivi
- *Intenzione* criminosa, elemento essenziale del misfatto 343
- *Interruzione* della deposizione per qualche accidente, effetti di questa interruzione 341
- *Materia* civile; caratteri distintivi della falsa testimonianza, 345 — Non può dirsi tale se non quella che è resa in giudizio, ivi — Dichiarazioni di una parte citata in giudizio 346
- *Pene* della falsa testimonianza nel diritto Romano, 346 — Nell'antico diritto, 347 — Nel Codice Penale ivi
- *Danno*; la possibilità di un danno derivante dalla falsa testimonianza è un elemento necessario del reato, 337 — In materia civile, ivi — In materia penale, ivi — La deposizione non può essere apposta a reato che quando sia resa nei dibattimenti che precedono la sentenza, 338 — Ritrattazione innanzi che si chiuda il dibattimento, 339 — In materia correzionale la ritrattazione fatta in appello distrugge forse la reità delle false dichiarazioni fatte in prima istanza? 340 e 342 — Perchè vi sia reato è sufficiente che sievi la possibilità del danno 341
- *Relieenza*, non costituisce falsa testimonianza, 336 — Purchè non snaturi la deposizione ivi
- *Ritrattazione* di una deposizione falsa quando cancella il reato 339 e 342
- *Subornazione* di testimoni, atto di complicità della falsa testimonianza, 349 350 — Caratteri di questo reato, ivi — È forse necessario che la esistenza del reato si provi con la condanna del falso testimone? 351 — È almeno necessario che sievi stata in giudizio una falsa dichiarazione? 352 — Atti di subornazione ivi
- *Testimonianza*, cosa debbesi intendere con questa parola 331
- *Testimoni*, alterazione dei fatti che li accusano non costituisce falsa testimonianza 332
- *Tentativo* di falsa testimonianza sfugge ad ogni pena 341
- FANCIULLO — Non presentazione del fanciullo per le persone che ne hanno il carico, 303 — Carattere morale di questo reato, ivi — Dichiarazione di nascita del fanciullo, omissione, 304 — In quali casi tale omissione costituisce un reato punibile, ivi — Chi deve fare le dichiarazioni di nascita? 309 — *Quid* se tale omissione tende ad agevolare la soppressione di stato? 305
- FERITE, Ved. PERCOSSE.
- FLAGRANTE delitto — Come debbesi intendere questa espressione in fatto di adulterio, 373 — Ved. ADULTERIO e PROVOCAZIONE.

- FORNICAZIONE, definizione del diritto antico . . . 218
- FUNZIONARIO pubblico, ved. ATTENTATO AL PUDORE, DENUNZIA CALUNNIOSA.
- FURTO *in generale* . . . 378
- *Animali* selvaggi, occupazione. 392
 - *Ascendenti e discendenti*, sottrazioni commesse tra tali persone non costituiscono furto, 396
 - Caratteri di simiglianti sottrazioni, 397 — Possono mai diventare circostanze aggravanti dell'omicidio? *Quid* per la falsità? 399 — *Quid* dell'abuso di confidenza e dello scrocco? *ivi* — Questa eccezione si estende forse ai furti commessi tra fratelli e tra coeredi? 400 — Si estende forse ai figli adottivi? *ivi* — *Quid* dei figli naturali? *ivi* — Complici di tali sottrazioni. . . 401
 - *Caratteri generali* del furto . 378
 - *Coeredi*, il diritto dei coeredi non distrugge il furto . 392
 - *Complici* delle sottrazioni commesse tra parenti . . . 401
 - *Comproprietari*; il diritto del comproprietario alla cosa sottratta non distrugge il furto . 392
 - *Conjugi* (furto tra); le sottrazioni commesse da un conjuge in danno dell'altro non possono dar luogo che ad azione civile, 396 — Motivi e caratteri di tali sottrazioni, 397 — Questa eccezione non si estende ai reati di falso, 399 — Nè a quelli di scrocco o abuso di confidenza . . . *ivi*
 - *Consentimento* del proprietario della cosa sottratta . . . 399
 - *Cose abbandonate* non possono dar luogo all'azione di furto . 391
 - *Cosa altrui* terzo elemento del reato, 389 — Non vi ha furto se la cosa sottratta non sia proprietà di altri, 301 — Non possono formar materia di furto le cose che non hanno padrone . . . *ivi*
 - *Cosa immobiliare* non può formar materia di furto . . . 380
 - *Cosa trovata*, in quali casi ammette una sottrazione costitutiva di furto, 382 — Casi in cui l'oggetto può riguardarsi come abbandonato . . . 391
 - *Depositi* (violazioni di) distinzione tra questo reato ed il furto. 382
 - *Discendenti*, ved. ASCENDENTI.
 - *Figli*, ved. ASCENDENTI.
 - *Frode*, secondo elemento del furto, 386 — Non è furto la sottrazione d'una cosa che il colpevole crede di appartenergli, *ivi* — Il creditore che toglie la merce del suo debitore commette forse un furto, 187 — Quale è il carattere della frode costitutiva del furto? . . . 390
 - *Necessità*, l'estrema necessità giustifica forse il furto . . . 389
 - *Occupazione*, distinzione tra il furto e l'occupazione . 383 a 392
 - *Questione* pregiudiziale risultante dalla eccezione d'esser la cosa sottratta un oggetto abbandonato o perduto, 394 — Chi deve deciderla . . . 395
 - *Restituzione* dell'oggetto sottratto non cancella il furto . 385
 - *Ricettazione* di oggetti sottratti da un conjuge all'altro, da un discendente ad un ascendente . 401
 - *Ritenzione* fraudolenta d'una cosa trovata . . . 385
 - *Scusa*, quando il furto può costituire scusante provocazione . 450
 - *Socci* non giova loro il dire che la cosa sia tra essi in società . 392
 - *Sottrazione*, primo elemento del furto, 379 — Cosa debbesi intendere per sottrazione? *ivi* —

- Essa costituisce un elemento caratteristico del reato . . . 380
- *Tesoro*, colui che si appropria un tesoro trovato può andarsog-
getto all'azione penale di furto? 391
- *Uso o possesso* (furto di) . . . 381
- GUARDIE *urbane*, quando possono asportare le armi vietate . . . 428
- GIURAMENTO *falso*, ved. *Falso* giuramento.
- INCESTO, sua imputazione per diritto antico . . . 220
- INFANTICIDIO. Definizione, 70 — Rivista storica delle legislazioni, 71 — Elementi del reato, ivi — È necessario che sia provata la volontà di uccidere, ivi — Dell'infanticidio per negligenza, 72 — È necessario che il bambino sia nato vivo, ivi — È forse necessario che sia nato vitale? ivi — È necessario che il bambino sia *neonato*, ivi — Cosa significa questa parola? 72 — Può rendersi colpevole d'infanticidio altri che la madre, 74 — Penalità, ivi — Scuse, ivi — Ved. OMICIDIO, ASSASSINIO, SCUSE.
- INGIURIE, quando costituiscono scusante provocazione, 434 — Differenza tra ingiuria vaga e ingiuria determinata. . . 435
- LEGITTIMA DIFESA.
- *Adulterio*. Il drudo sorpreso in flagrante delitto, se per propria difesa uccide il marito dell'adultera, come debb'esser riguardato . . . 212
- *Aggressione* ingiusta, condizione della legittima difesa, 211 — In quali casi l'aggressione è giusta o ingiusta . . . ivi
- *Aggressione* notturna, caso di necessità di difesa, 213 — *Quid* se avviene in nome della legge e da agenti della pubblica autorità? . . . 215
- *Difesa* altrui, l'eccezione di legittima difesa si estende a questo caso . . . 212
- *Difesa* della persona, la difesa dei beni non giustifica l'omicidio . . . ivi
- *Dritto* di difesa, sua origine e suoi caratteri. . . 205
- *Eccezzo* di difesa, è imputabile 209
- *Frattura*, l'omicidio commesso in respingere una scalata di notte tempo è giustificato . . . 213
- *Fuga*, la persona aggredita è forse nel dovere di darsi alla fuga . . . 209
- *Furto con violenza*, l'omicidio commesso per difendersi dagli autori di questi furti è giustificabile . . . 142
- *Ingiustizia* dell'aggressione, requisito essenziale della legittimità dell'omicidio . . . 211
- *Legittima* difesa. Caratteri del fatto giustificativo . . . 208
- *Necessità* della difesa, se il pericolo cessa, l'omicidio non è più legittimo, 209 — Non è più legittimo quando eccede i limiti della difesa . . . ivi
- *Oltraggio*, se costituisce un caso di legittima difesa quando offende l'onore . . . 207
- *Saccheggi* con violenza; l'omicidio commesso per difendersi dagli autori di tali saccheggi è giustificato . . . 213
- *Scalata*, l'omicidio commesso per respingere in tempo di notte una scalata è giustificabile . . . ivi
- *Stupro*, caso di legittima difesa 207
- LEVATRICI; Ved. ABORTO
- LUOGHI PUBBLICI; definizione di questi luoghi . . . 223
- MENDICITA'.
- *Caratteri* generali della men-

dicità	25 e 27	MINORI, Ved. Ratto di MINORI.
— <i>Circostanza</i> aggravante della mendicità	29 e 31	MORTE avvenuta da percosse o ferite; Ved. PERCOSSE.
— <i>Depositi</i> di mendicità	26 a 29	MUTILAZIONE dei coscritti per rendersi inabili al servizio militare 190; Ved. STORPIO.
— <i>Elementi</i> del delitto, è necessario che l'imputato si trovi mendicando nei luoghi ove vi è un deposito di mendicità, 27 — <i>Caratteri</i> del reato nei luoghi ove non vi sono depositi di mendicità	28	OMICIDIO legale, suoi necessari requisiti, 204 — <i>Casi</i> di responsabilità
— <i>Falsi</i> certificati, passaporti e fogli di via	31	OMICIDIO legittimo, Ved. LEGITTIMA DIFESA.
— <i>Infermità</i> e malattie simulate	29	OMICIDIO provocato, Ved. PROVOCAZIONE.
— <i>Invalidi</i> , la mendicità è loro lecita ne' luoghi ove non vi sono depositi di mendicità	26	OMICIDIO; definizione generale, 59 — <i>Diverse specie</i> , divisione
— <i>Leggi</i> antiche, 26 — <i>Leggi</i> moderne	ivi	OMICIDIO <i>incolontario</i> .
— <i>Mendicanti</i> validi, motivi di questa distinzione	26	— <i>Caratteri</i> di questo reato, 173 — L'omicidio casuale non costituisce reato, 174 — È necessario che sia conseguenza di una colpa, ivi — Quali sono le colpe che attirano una responsabilità penale, 175 — Definizione della disaccortezza, 176 — Imperizia ed ignoranza degli uomini dell'arte, ivi — Disattenzione, 179 — Imprudenza, 176 — Inosservanza dei regolamenti, 179 — Riassunto delle distinzioni di questi diversi casi, 180 — Conciliazione dell'art. 319 (375) coll' art. 320 (376)
— <i>Minacce</i> proferite dai mendicanti	29	OMICIDIO <i>volontario</i> .
<i>Porto</i> d'armi e d'istrumenti propri a commettere un reato	30	— <i>Elementi</i> del reato, 60 — <i>Fatto</i> materiale della uccisione, 61 — <i>Volontà</i> di dar morte
— <i>Somme</i> trovate addosso ai mendicanti	ivi	— <i>Errore</i> sulla persona uccisa
— <i>Sorveglianza</i> , si applica forse a tutt'i mendicanti senza distinzione, o soltanto a quelli che sono condannati con una delle circostanze aggravanti prevedute dagli art. 277 e seg. (303)?	32	— <i>Mostri</i> , quid della uccisione di tali esseri?
— <i>Violenze</i> contro le persone, commesse dai mendicanti, 31 — <i>La</i> resistenza agli agenti della forza pubblica entra forse nella categoria di tali violenze?	ivi	— <i>Pene</i> dell'omicidio volontario; leggi Romane, 63 — <i>Leggi</i> antiche, ivi — <i>Codice Penale</i>
MINACCE, la semplice minaccia verbale non costituisce reato, 137 — <i>Carattere</i> della minaccia punibile, ivi — <i>Elementi</i> del reato, 138 — <i>Penalità</i> , 140 — Possono costituire una scusante provocazione per delitto o per rissa 437 e 438		— <i>Volontà</i> di dar morte, 62 — Quali sono i segni indicativi questa volontà? 63. Ved. PARICIDIO, INFANTICIDIO, ASSASSINIO, AVVELENAMENTO.

OMICIDIO *preceduto o seguito da altro misfatto o delitto.*

- *Eccezione* alla regola che punisce l'omicidio volontario, 124
- Sistema dell' art. 304 e 312 (356 n° 6) 124 e 129 — Simultaneità dei due reati e loro nesso 125 e 126

OMICIDIO commesso in flagrante delitto di adulterio. Ved. ADULTERIO.

PARRICIDIO, definizione e caratteri generali, 64 — Il parricidio non è che un semplice omicidio volontario, conseguenze di questo principio, 69 — Elementi del reato, qualità della vittima e volontà di uccidere, ivi — Diritto Romano, ivi — Antica giurisprudenza, 66 — Chi sono quelli la cui uccisione costituisce un parricidio? 65 e 66 — *Quid* del figlio adottivo? ivi — Dei genitori naturali, 68 — Del suocero ucciso dal genero, 67 — Pene del parricidio nel diritto Romano, 69 — Nel nostro antico diritto, ivi — Nel Codice Penale, 70 — Scuse. ivi e 457

PERCOSSE E FERITE VOLONTARIE.

- *Bande* o riunioni sediziose; omicidj, percosse o ferite commesse da tali bande. 157
- *Castratura*; antiche disposizioni intorno questa materia, 150 — Eccezioni alle percosse e ferite in generale, ivi — Definizione ed elementi del reato, ivi — Quando la castratura avvenga non per sola natura della ferite o percosse ma per causa *sopravvenuta* può godere del beneficio dell' articolo 362 ll. p. ? 422 — *Quid*? se dalle castrature derivi la morte? ivi — *Quid*, se la castratura sia effetto non voluto di semplice ferite? ivi

- *Causa sopravvenuta*; definizione ed elementi che la costituiscono, 416 — Può dirsi causa *sopravvenuta* la malsania che esisteva nell' offeso prima delle ferite? ivi — Debbono esser di concorso *attivo*, quid della mancanza di pronta o buona medela, 417 — Debbono essere indipendenti dalle ferite o percosse, 418 — Debbono essere insufficienti a portare da se sola i tristi effetti avvenuti, ivi — Carattere dell' attenuazione di pena stabilita per l' influenza della causa sopravvenuta 422
- *Circostanze* aggravanti le ferite e percosse 154 e 408
- *Competenza*; chi è competente a giudicare di una ferita pericolosa di storpio finchè dura questo pericolo? 411
- *Coscritte* che per ferite rendono inutili al servizio militare 190
- *Definizione.* 145
- *Disinzione* delle ferite e percosse 407
- *Elementi* del reato. 145
- *Incapacità* al lavoro; quale debbono essere il risultamento di questa incapacità; 148 — La incapacità si rapporta al lavoro corporale, ivi — Le cicatrici rimaste oltre i venti giorni non costituiscono incapacità al lavoro, 149 — Non la costituiscono le mutilazioni, ivi — Durata della incapacità. 147
- *Morte* cagionata dalle percosse e ferite, 151 e 415 — Antica giurisprudenza, 152 e 415 — In quali casi il feritore debbe rispondere della morte che venga dalle percosse o ferite, ivi — Il feritore dee forse rispondere di questa morte in qualunque

- tempo avvenga? 153 e 415.—
 Terminedi 40 giorni, ivi.—Come
 debbesi calcolare, 419 — *Quid*
 se la morte succeda non per
 sola natura delle ferite ma an-
 che per influenza di cause so-
 pravvenute? ivi e 416 — vedi
 sopra *causa sopravvenuta* —
Storpio, Ved. *STORPIO*—Carat-
 teri di differenza tra la morte
 avvenuta da percosse o ferite e
 gli omicidj volontarj . . . 476
- PREMEDITAZIONE**, distinzione tra es-
 sa e il disegno di uccidere . . . 77
- PRESCRIZIONE**; termine della stessa
 nei reati dichiarati scusabili . . . 463
- PROVOCAZIONE**, Ved. *SCUSE*.
- QUESTIONI PREGIUDIZIALI**.
 —Nella bigamia l'esistenza dei due
 matrimoni può dar luogo a qui-
 stione pregiudiziale, 283 — Chi
 è competente a deciderla? . . . ivi
- In rapporto alla filiazione . . . 303
- In rapporto alla validità del ma-
 trimonio nei ratti d'una minore. 321
- Nelle denunce per chiarire la ve-
 rità o falsità dei fatti imputati . . . 363
- In rapporto ai furti su la pro-
 prietà della cosa rubata . . . 495
- RATTO**.—*Elementi* del reato . . . 315
- Età* della vittima, circostanza
 aggravante del ratto . . . 317
- *Frode* o violenza, 313 — loro
 definizione . . . ivi
- *Legislazione* antica . . . 313
- *Matrimonio* del rapitore con la
 rapita . . . 319
- Motivo d'inammissibilità della
 querela contro del ratto, 320—
 Condizioni necessarie perchè si
 sospenda l'azione pubblica, ivi
- Dimanda per nullità di matri-
 monio a querela dei genitori,
 ivi — *Quid* se la nullità è di-
 mandata dai genitori del rapito-
 re, ivi — Competenza dei tribu-
 nali per giudicare della validità
 del matrimonio . . . 321
- *Minore*, quando cessa la mino-
 retà in rapporto al ratto? . . . 316
- *Ratto* per seduzione, suoi carat-
 teri nell'antico diritto . . . 314
- *Ratto* per violenza . . . ivi
- *Seduzione* — Ratto d'una fan-
 ciulla minore di 16 anni col
 consentimento di lei, 318 —Ca-
 ratteri di questo reato . . . ivi
- *Scopo* del ratto—Non è neces-
 sario che si abbia lo scopo di a-
 busare dalla rapita, 317 — È
 sufficiente che il minore sia stato
 sottratto all'autorità dei genitori. . . ivi
- RECIDIVA**; se il primo misfatto eb-
 be per la scusa pena correzio-
 nale diventa delitto, e perciò non
 può esser base di recidiva in ca-
 so di misfatto novello . . . 464
- RICETTAZIONE del cadavere di un**
ucciso—Carattere di questo rea-
 to, 325 — Fatti materiali che lo
 costituiscono, 326 — Morte vio-
 lenta dell'individuo il cui cada-
 ver si nasconde, ivi — L'autore
 dell'omicidio è imputabile di que-
 sto fatto come di reato distinto?
 ivi — Ne sono forse imputabili
 i fratelli, le sorelle e i genitori
 di lui? . . . ivi
- RIVELAZIONE dei segreti**.
 — *Avvocati*, debbono agguagliar-
 si alle persone che abbiano avu-
 ti confidati i segreti per ragion
 del loro stato, 370 — Eccezione
 allorchè le confidenze loro fatte
 non lo sieno state a riguardo
 della professione . . . 376
- *Carattere* di questo reato . . . 372
- *Chirurghi* entrano nella classe
 dei depositarj dei segreti . . . 370
- *Consentimento* della parte inte-
 ressata scioglie forse i vincoli
 dell'obbligo del segreto? . . . 376

- *Farmacisti* entrano nella classe dei depositarj dei segreti . 370
- *Levatrici* rientrano nella classe delle persone depositarie dei segreti ivi
- *Medici* ivi
- *Notai*, debbono assimilarsi agli avvocati e patrocinatori . . 371
- *Patrocinatori*, sono astretti all'obbligo del segreto per fatti loro confidati a riguardo della professione 371 e 376
- *Preti*, 370 — *Quid* se i fatti non vennero a loro notizia per la via della confessione . . 376
- *Qualità* dell'imputato, primo elemento del delitto . . . 374
- *Segreti*, la violazione di quali segreti costituisce delitto? 372 — Casi in cui la rivelazione è obbligatoria 373
- *Testimonj*, quelli che per ragione del loro stato sono obbligati alla legge del segreto possono essere chiamati a deporre in giudizio? 374 — Se questi testimonj rispondono alle interrogazioni loro fatte dai giudici reudonsi forse colpevoli di questo reato? 375

Scuse in generale.

- *Caratteri* legali delle scuse; aggressione ingiusta, 188 — Contro le persone, 186 — simultanea alla reazione scusabile, 188 — L'aggressione diventa ingiusta se eccede i limiti dell'offesa che l'ha provocata, 470
- Può essere elemento di provocazione scusante un'offesa alla proprietà? 186 e 439 — Può esserlo un'offesa patita non dalla persona di chi si vendica ma da un estraneo 186 e 444 — Principio animatore delle scuse, 188 e 432 — Distinzione delle cau-

se ammesse come scusanti dal Codice Francese 184 — Di quelle aggiunte nelle leggi delle Due Sicilie, 433 — Come calcolare il grado di scusa se al fatto provocatore va connessa qualche circostanza aggravante, 445 — Quistioni di scuse quando debbonsi proporre 191 e 432 — È forse necessario che sieno opposte dall'imputato? ivi — Deve forse la quistione sulla scusa esser sempre distinta dalla quistione sul fatto della reità principale? ivi — Le scuse sono diverse dall'attenuazione preveduta dall'art. 391, ivi — Penalità stabilita contro i fatti scusabili 191 e 454 — Effetti di tale penalità sul carattere del reato scusato, 452 — Applicazione di questi effetti alla competenza, all'istanza privata, alla recidiva ed alla prescrizione, 437 — Real Rescritto dei 24 gennajo 1839 intorno gli effetti della penalità delle scuse, ivi — Osservazioni sopra questo Rescritto, ivi — Differenza tra le scuse e le circostanze attenuanti, 191 — Eccezione alle scuse pel conjugicidio e pel parricidio, 190 — Vige forse la eccezione se il figlio uccisore sia minore di 16 anni? ivi — Se si voleva soltanto ferire e non uccidere? 192 e 458 — Se la uccisione del padre sia stata provocata dall'adulterio in cui sia stato sorpreso con la nuora? ivi — VEDI SCUSA PER ADULTERIO.

Scusa per percosse o violenze gravi, ferite gravi o altri misfatti contro le persone, 184 e 431 — Carattere di questa provocazione, ivi — Gravezza di queste ferite o violenze, 137 —

- Cosa intendesi con le parole *gravi*, ivi — La distinzione di ferite gravi di loro natura o per accidenti importa forse differenza alcuna in questa specie di scusa? 491 — Distinzione tra le percosse e le violenze, 137 — Nelle parole: o altri misfatti contro le persone, vanno compresi lo stupro, il ratto, l'arresto ed il sequestro arbitrario, 432 — Violenze commesse da pubblici ufficiali . . . 188 e 445
- SCUSA per percosse o ferite lievi o altri delitti contro le persone . . . 433
- Cosa intendesi per percossa, ivi — Influenza legale di questa definizione, ivi — Quali sono gli altri fatti di scusa compresi nelle parole: o altri delitti . . . 434
- *Adulterio*; costituisce scusa per delitto nel rapporto del cognato o del suocero dell'adultera, 440 — Requisiti ed effetti di questa scusa . . . 441
- *Impedimento* all'esercizio degli altrui diritti, costituisce scusa per delitto, 438 — Casi diversi in cui si può verificar . . . ivi e 439
- *Ingiuria*, 185 e 404 — Quali sono i fatti ingiuriosi che costituiscono una scusante provocazione? ivi — *Quid* se si oppongono difetti fisici? ivi — Distinzione tra ingiurie *vaghe* e ingiurie *determinate*, 435 — *Quid* delle parole *ladro*, *cornuto* ec. ivi — La definizione della specie d'ingiuria è questione di diritto o di fatto? 436
- Ingiurie con atti o gesti costitutive di delitto . . . 437
- *Minacce*, quando le minacce costituiscono una scusante provocazione, 185 e 437 — Requisiti delle minacce, ivi — Quando la minaccia, non può essere che di semplice scusa per rissa 438
- *Oltraggio* al pubblico pudore, quando può costituire scusa per delitto, 441 — Ved. Scuse in generale.
- SCUSA per aggressione diurna di una casa abitata.
- *Distinzione* tra questa scusa e l'aggressione notturna, 194 — Elemento di questa scusa, ivi e 195 — Fatti che la costituiscono . . . ivi
- *Dipendenze* della casa quali sieno . . . 196
- *Frattura*, i soli preparativi delle fratture possono costituire scusa? . . . 195
- *Scalata*, vi è scusa quando l'omicidio proviene la scalata? 195
- SCUSA per rissa. . . 446
- *Causale*, se viene dal feritore o uccisore lo rende indegno della scusa, 447 — A chi spetti provare la causale della rissa, ivi — *Quid*, se non costi dell'autore della stessa? 448 — Perché un fatto si dichiari causale di una rissa quali debbono essere le sue caratteristiche, 449 — Quando un'offesa alla proprietà può ritenersi come causale di rissa . . . ivi
- *Concorso* di molte persone in una rissa, come valutare la scusa in tali casi . . . 452 e 453
- *Definizione* della rissa, . . . 447
- *Elementi* di scusa. . . ivi
- *Percosse* o ferite, non cessano di essere scusante provocazione per misfatto o delitto ancorchè avvengano in una rissa. 450 e 451
- *Quisizioni*, se oltre la rissa vi sieno altri fatti di scusa, la quisizione non dee versare solo sulla

- ma, ivi — Ritenuto il fatto della rissa è nullità non elevar questione sulle sue conseguenze . 455
 Ved. *Scuse in generale*.
- SCUSA dell'infanticidio . . . 453
- Condizioni di tale scusa . . . 454
- *Cagione* di onore, ivi — Non senza la sola puerpera infanticida ma anche i congiunti e gli estranei . . . 456
- *Infanticidio*, se il fatto non ha questo carattere non è mai scusabile . . . 454
- *Prole* illegittima, requisiti della scusa, ivi — Se questa illegittimità può provarsi in forza dell'art. 234 ll. cc. vale forse la scusa per la puerpera o il marito di lei? . . . 455 e 456
- SCUSA per adulterio . . . 197
- *Flagranza*, la sorpresa in flagranza di adulterio è requisito essenziale della scusa, 199 — È forse lo stesso se la uccisione venga dal cognato o dal suocero dell'adultera, 441 — Che s'intende per sorpresa in flagranza 200 — *Quid* se la sorpresa in flagranza sia preparata dagli agnati del marito . . . ivi
- *Fratello*, se il fratello dell'offeso marito uccide l'adultera è scusato? . . . 440
- *Legislazione* romana . . . 198
- *Marito*, può estendersi la scusa ai suoi complici estranei, 201 — Può mai il marito invocare questa scusa se sia separato di corpo da sua moglie, 202 — Se abbia mantenuta una concubina in casa . . . ivi
- *Moglie*, può la moglie invocare questa scusa se uccide il marito . . . ivi
- *Padre* dell'adultera, gode di questa scusa e con quali requi-
- siti, ivi — Il padre dell'offeso marito se uccide l'adultera merita scusa per delitto? . . . 440
- *Parricidio*, è mai scusabile se si commette dal figlio in persona del padre sorpreso in flagranza di adulterio con la moglie di lui? . . . 458
- SCUSA per violento oltraggio al pudore, cosa debbesi intendere con queste parole, 193 — L'oltraggio al pudore può esser causa di legittima difesa 193 e 432 — L'oltraggio al pudore non violento può mai costituire scusa per delitto . . . 441
- SEDUZIONE, Ved. Ratto dei minori.
- SEPOLTURE (polizia delle).
- SEPOLCRI (violazione dei) — Rivista delle leggi Romane e del nostro antico diritto, 327 — Fatti che costituiscono la violazione dei sepolcri, ivi — Sottrazione fraudolenta del sudario e delle coltri . . . 378
- SEQUESTRO delle persone.
- Antico diritto, 288 — Distinzione degli attentati commessi dai funzionari o dai privati, 292 — Elementi del fatto materiale, 280 — Della sua moralità, ivi — Definizione di simile detenzione, ivi — In quali casi un marito può essere imputato di sequestro commesso in persona della moglie, 291 — La disposizione dell'art. 341 (169) può essere estesa ai funzionari che rendono colpevoli di sequestro di persone? 392 — Complici del reato, ivi — Il prestare il luogo per la detenzione è presunzione di complicità, ivi — Circostanza attenuante che risulta dall'essersi messo in libertà il sequestrato innanzi il decimo giorno, 293 —

- Circostanze aggravanti, 294 —
 Uso di false divise o falsi ordini di autorità, ivi — Minacce di morte, ivi — il complice che ha prestato il luogo della detenzione è forse tenuto delle circostanze aggravanti la detenzione? . 295
- SFREGIO, causa aggravante la pena delle ferite, 410 — Sua definizione . 411
- SODOMIA, sua imputazione nell'antico diritto . 220
- SOSTITUZIONE di un fanciullo ad un altro. Ved. SUPPOSIZIONE di parto.
- SOSTANZE *nocevoli alla salute* (somministrazione) — Carattere di questo reato, 165 — Suoi elementi, 166 — È necessario che le sostanze sieno nocevoli alla salute . 168
- Sottrazioni commesse tra parenti e tra coniugi, Ved. FURTO.
- STORPIO; in che differisce dalla mutilazione, 408 — Sua definizione 409 — Suoi requisiti, ivi — Vi è storpio se il difetto delle funzioni del membro o organo sia temporaneo? . ivi
- *Causa sopravvenuta*; se lo storpio avvenga per causa sopravvenuta può godere del beneficio dell'art. 362 . 420
- *Giudizio*, se nel giudizio intorno ad una ferita sia stato lo storpio escluso son la formola *costa che non*, può formar materia di giudizio novello se si verifici dopo? 413 — *Quid* se nel primo giudizio non si sia parlato affatto di storpio? ivi *Quid* se lo storpio sia stato escluso con la formola *non costa* . ivi
- Termine dei 40 giorni; se lo storpio avvenga dopo 40 giorni dalla ferita o percossa può godere il beneficio dell'art. 363? . 420
- SUBORNAZIONE di testimonj. Ved. FALSO testimone.
- SUICIDIO — Rivista delle antiche legislazioni intorno tale materia 81 e 82 — Disame della efficacia di una disposizione repressiva, 82 — Il suicidio non costituisce reato, 83 — *Quid* della complicità nel suicidio? ivi — Il prestare il braccio per la uccisione di un individuo che chiede questo fatale ajuto costituisce un atto di suicidio o di assassinio? ivi — Di un doppio suicidio eseguito da un solo de' due agenti . 88
- SUPPOSIZIONE di parto.
 — Elementi del reato, 301 — Sua pena nell'antico diritto, ivi — Dichiarazione fatta innanzi l'ufficiale dello stato civile della nascita e morte di un fanciullo giammai esistito . ivi
- SOPPRESSIONE di fanciullo.
 — *Carattere* del reato, 297 — Suoi elementi . 300
 — *Fanciullo*, quale è il significato di questa parola in tale materia, 298 — Soppressione di un fanciullo morto . ivi
 — *Infanticidio*; differenza tra questo reato e la soppressione di un bambino, 297 — In un'accusa d'infanticidio può elevarsi quistione di soppressione di fanciullo, come conseguenza del dibattimento? . 301
 — *Soppressione* di parto, sua definizione nell'antico diritto . 297
 — *Soppressione* del cadavere del fanciullo . 300
- TESTIMONIANZA falsa, Ved. FALSA testimonianza.
- TORMENTI ed atti di barbarie, motivi dell'imputazione, 122 — Suoi

elementi, 123 — Cosa debbesi intendere con la parola <i>malfattori</i>	ivi	— <i>Leggi</i> antiche su i vagabondi, 12 — <i>Leggi</i> straniera moderne.	13
VAGABONDAGGIO.		— <i>Mestiere</i> , la mancanza di un mestiere è il terzo elemento del reato	16
— <i>Caratteri</i> generali di questo reato.	13 e 14	— <i>Mezzi</i> di sussistenza, elementi del reato, ivi — Cosa debbesi intendere con queste parole	ivi
— <i>Cauzione</i> offerta da un cittadino solvibile, 21 — Effetti di questa cauzione	ivi	— <i>Minori</i> , i fanciulli di minor età possono trovarsi nello stato di vagabondaggio	20
— <i>Circostanze</i> aggravanti il vagabondaggio.	24	— <i>Passaporti</i> , la mancanza di passaporto a quale conseguenza mena in questa materia?	15
— <i>Consiglio</i> municipale onde sia richiamato il vagabondo	22	— <i>Sorveglianza</i> , se convenga applicare questa pena ai vagabondi, 18 — È nelle facoltà dei tribunali applicarla o pur no ai vagabondi?	ivi
— <i>Definizione</i> del vagabondaggio	14	— <i>Stranieri</i> , espulsione dal territorio, 23 — <i>Quid</i> se vi rientrano dopo questa espulsione?	ivi
— <i>Domicilio</i> , la mancanza di domicilio è uno degli elementi del reato, 15 — Cosa debbesi intendere per domicilio	ivi	VIOLENZA pubblica.	11
— <i>Elementi</i> del reato; mancanza di domicilio certo, di mezzi di sussistenza, di professione, ivi — A questi elementi materiali deve accoppiarsi la volontà che costituisce il reato	16		

AOL 1468579

FINE DELLA TAVOLA ANALITICA.

INDICE

DEI CAPITOLI

CONTENUTI IN QUESTO TERZO VOLUME

<i>Capitolo I.</i>	Del associazione di malfattori	pag. 1
<i>Capitolo II.</i>	Del vagabondaggio.	12
<i>Capitolo III.</i>	Della mendicizia.	25
<i>Capitolo IV.</i>	Della pubblicazione o distribuzione di scritti.	35
<i>Capitolo V.</i>	Delle associazioni illecite	43
<i>Capitolo VI, § 1.</i>	Dell'omicidio volontario.	58
<i>Idem § 2.</i>	Del parricidio.	64
<i>Idem § 3.</i>	Dell'infanticidio.	70
<i>Idem § 4.</i>	Del Assassinio o omicidio premeditato.	76
<i>Idem § 5.</i>	Del veneficio.	113
<i>Idem § 6.</i>	Dell'omicidio accompagnato da altro reato.	122
<i>Idem, appendice.</i>	Del duello.	129
<i>Capitolo VII.</i>	Delle minacce.	137
<i>Capitolo VIII § 1.</i>	Delle percosse e ferite volontarie	141
<i>Idem § 2.</i>	Dell'aborto.	157
<i>Idem § 3.</i>	Delle armi vietate.	169
<i>Capitolo IX.</i>	Dell'omidio, percosse o ferite involontarie.	173
<i>Capitolo X.</i>	Delle scuse per provocazione.	183
<i>Capitolo XI.</i>	Dell'omicidio legale o legittimo.	203
<i>Capitolo XII § 1.</i>	Dell'oltraggio pubblico al pudore	218
<i>Idem § 2.</i>	Dell'eccitamento alla dissolutezza.	225
<i>Idem § 3.</i>	Dell'attentato al pudore senza violenza.	235
<i>Idem § 4.</i>	Del violento attentato al pudore e dello stupro.	238
<i>Capitolo XIII.</i>	Dell'adulterio.	256
<i>Capitolo XIV.</i>	Della bigamia.	279
<i>Capitolo XV.</i>	Degli arresti illegali e sequestri di persone.	288
<i>Capitolo XVI.</i>	Dei reati relativi allo stato civile.	296
<i>Capitolo XVII.</i>	Del ratto	313
<i>Capitolo XVIII.</i>	Violazioni delle leggi sulle sepolture.	322
<i>Capitolo XIX.</i>	Della falsa testimonianza.	330
<i>Capitolo XX.</i>	Delle dinunzie calunniose.	356
<i>Capitolo XXI.</i>	Delle rivelazioni dei segreti	569
<i>Capitolo XXII.</i>	Del furto in generale.	378
<i>Appendice al cap. VIII.</i>	Delle ferite delle armi.	406
<i>Appendice al cap. X.</i>	Delle scuse.	430
<i>Tavola analitica delle materie.</i>		465

FINE DELL'INDICE.

